

GRUPO II – CLASSE VII – PLENÁRIO

TC 022.106/2015-4

Apensos: TC 014.879/2015-8 e TC 000.113/2016-6.

Natureza: Representação.

Unidade: Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior – Seres/MEC.

Representantes: União de Educação e Cultura – Unece (CNPJ 02.754.493/0001-80), Sociedade Padrão de Educação Superior Ltda. (CNPJ 03.273.660/0001-34) e Associação Brasileira dos Estudantes de Educação à Distância – Abeed (CNPJ 09.587.682/0001-55).

Amicus Curiae: Frente Nacional de Prefeitos (FNP) e Associação Brasileira das Universidades Comunitárias.

Representação legal: não há.

SUMÁRIO : REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES EM CHAMAMENTO PÚBLICO DESTINADO AO RECEBIMENTO DE PROPOSTAS E SELEÇÃO DE MANTENEDORAS DE INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR COM VISTAS A INSTALAR CURSOS DE MEDICINA EM MUNICÍPIOS INDICADOS, NO ÂMBITO DO PROGRAMA “MAIS MÉDICOS”. EDITAL REGIDO, SUBSIDIARIAMENTE, PELA LEI 8.666/1993. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA EM OPORTUNIDADE ANTERIOR. ANÁLISE DE MÉRITO. ESTABELECIMENTO DOS CRITÉRIOS DE HABILITAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA EM MOMENTO POSTERIOR AO RECEBIMENTO DAS PROPOSTAS. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DO CERTAME. REMESSA DE CÓPIA AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA.

RELATÓRIO

Transcrevo como parte do relatório a instrução elaborada na Secretaria de Fiscalização da Educação, da Cultura e do Desporto – SecexEducação (peça 128):

“1. Tratam os autos de representações acerca de possíveis irregularidades ocorridas no âmbito do Edital 6/2014 da Secretaria de Regulação da Educação Superior, do Ministério da Educação (Seres/MEC), com fundamento no art. 3º da Lei 12.871/2013 (Programa Mais Médicos), destinado a selecionar mantenedores de Instituições de Ensino Superior (IES), com vistas à instauração de cursos de Medicina em 39 municípios pré-selecionados e indicados naquele instrumento convocatório.

HISTÓRICO

2. Os processos TC 014.879/2015-8 e TC 000.113/2016-6 foram apensados a estes autos do TC 022.106/2015-4, por determinação da Ministra-Relatora, em razão da identidade parcial entre o objeto desses processos, de modo a tratar, de forma única, a pluralidade das questões suscitadas (peça 64).

3. O presente processo (TC 022.106/2015-4) originou-se de representação formulada pela União de Educação e Cultura (Unece). A SecexEducação elaborou as instruções de peças 4, 12 e 43, com pronunciamento conclusivo feito em 26/11/2015 (peça 44). No decorrer das análises realizadas, a questão se concentrou na edição da Nota Técnica 1.103/2015-Seres/MEC, que definiu os critérios de aprovação dos índices previstos no instrumento convocatório, publicada somente após o resultado preliminar do certame, consistindo em irregularidade grave, em afronta aos princípios do julgamento objetivo, da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, previstos nos arts. 3º e 45 da Lei 8.666/93.

4. Na ocasião do pronunciamento da unidade técnica, embora tenha havido concordância quanto à irregularidade do ato, houve divergência entre o auditor-instrutor e o secretário substituto no que se refere ao encaminhamento da proposta. No parecer de peça 43, o auditor concluiu que havia elementos para a anulação do Edital 6/2014, enquanto o secretário substituto expôs suas razões para o não desfazimento do certame (peça 44).

5. A matéria foi submetida ao Colegiado, porém sua discussão foi suspensa em decorrência da superveniência de novo processo de representação em face de outros questionamentos acerca do Edital 6/2014 (TC 000.113/2016-6), a fim de examiná-los em conjunto (peça 64).

6. O TC 014.879/2015-8 (apenso) versa sobre representação formulada pela Sociedade Padrão de Educação Superior Ltda. A SecexEducação emitiu pronunciamento conclusivo em 16/12/2015 (peças 22-23 daqueles autos), no sentido de que houve alteração indevida do item 6.6.3.1.2 do Edital 6/2014, modificando prazo previsto originalmente para a apresentação de documentação de habilitação (demonstrativo auditado) sem a edição de ato administrativo, em inobservância aos princípios da legalidade, da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório.

7. Já o TC 000.113/2016-6 (apenso) versa sobre representação formulada pela Associação Brasileira dos Estudantes de Educação à Distância (Abeed), apontando possíveis inconstitucionalidades e ilegalidades no Edital 6/2014.

8. A matéria ainda encontra-se em análise preliminar pela SecexEducação (peças 2 e 12 do TC 000.113/2016-6), a qual consiste no objeto da presente instrução. A Ministra-Relatora, em seu despacho de 1/3/2016 (peça 67), determinou a oitiva da Seres/MEC para se manifestar sobre a possível inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 12.871/2013, tal como aplicados, no caso concreto, por meio do Edital 6/2014:

‘a) art. 3º, por: (i) limitar a liberdade na atividade privada de ensino voltada ao curso de Medicina, consagrada no art. 209 da Constituição Federal; (ii) afrontar os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da universalização do acesso ao

ensino, estabelecidos nos arts. 1º, inciso IV, 170 e 214, inciso II, da Constituição Federal; (iii) exigir contrapartida para utilização dos recursos do SUS, criando nova modalidade de custeio arcada por entidades particulares, em desacordo com o art. 198, § 1º, da Constituição Federal; (iv) exigir a utilização da estrutura de serviços, ações e programas de saúde do SUS, ignorando o art. 199, caput, 206, inciso III, e 209 da Constituição Federal;

b) art. 4º, § 1º, por exigir internato em unidade integrante do Sistema Único de Saúde, com exclusão das entidades privadas que não o integram, em desarmonia com o art. 199, caput, da Constituição Federal.

9. Notificada por intermédio do Ofício 0101/2016-TCU-SecexEducação, de 1/3/2016 (peças 68-69), a Seres/MEC encaminhou resposta à oitiva em 17/3/2016, conforme Ofício 375/2016/CGLNRS/DPR/SERES/SERES/MEC, de 17/3/2016 (peça 75).

10. Em 29/3/2016, a Ministra-Relatora admitiu o ingresso nos autos, na condição de *amicus curiae*, da Frente Nacional de Prefeitos (FNP) e da Associação Brasileira das Universidades Comunitárias (peça 78).

11. A FNP encaminhou sua manifestação em 24/4/2016, constante das peças 114-120.

12. A Unece, representante deste TC 022.106/2015-4, juntou aos autos, em 4/4/2016, expediente contra possíveis irregularidades no Contrato 31/2015, firmado com a Fundação Getúlio Vargas, a partir da qual se estabeleceu os critérios de julgamento da etapa de habilitação do Edital 6/2014 (peça 83). As alegações da Unece questionam o momento da assinatura do contrato, no decorrer do procedimento do Edital 6/2014, e a adequação dos índices adotados.

13. Por meio do Ofício 567/2016/CGLNRS/DPR/SERES/SERES-MEC, de 28/4/2016 (peça 126), a Seres/MEC solicita manifestação acerca de dúvida quanto ao prosseguimento do Edital 1/2015, publicado em abril de 2015 – antes da determinação de suspensão dos procedimentos do Edital 6/2014 –, com a finalidade de selecionar novos municípios para a implantação de cursos de Medicina.

14. A seleção de municípios antecede ao chamamento público de mantenedoras para a abertura de cursos de Medicina. No caso do Edital 6/2014, a escolha dos municípios foi feita por intermédio do Edital 3/2013. Com a edição do Edital 1/2015, deu-se início a um processo de seleção de municípios e posteriormente de mantenedoras. Tendo em vista que a matéria discutida nos autos questiona a constitucionalidade de dispositivos da Lei 12.871/2013, a Seres/MEC optou por suspender administrativamente a divulgação do resultado do Edital 1/2015.

15. A dúvida suscitada pela Seres/MEC, a respeito da continuidade ou não do Edital 1/2015, tem relação com o alcance dos efeitos de eventual decisão sobre a inconstitucionalidade por parte deste Tribunal, cuja matéria será tratada nos tópicos seguintes.

EXAME TÉCNICO

a) Resposta da Seres/MEC (peça 75)

16. Preliminarmente, a Seres/MEC argui a ilegitimidade ativa da Associação Brasileira dos Estudantes de Educação à Distância (Abeed) para representar junto ao TCU, pois não haveria lei específica, nos termos do art. 237, VII, do RI/TCU, que autorizasse a representação de associação que não participou do certame em análise, nem possui pertinência temática entre sua finalidade institucional e a matéria do certame (aspecto subjetivo), além de não envolver dispêndio de quaisquer recursos públicos (aspecto

objetivo). Nesse sentido, destaca o teor do art. 113 da Lei 8.666/93, aplicada ao Edital 6/2014:

‘Art. 113. O controle das **despesas** decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1o Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.’

17. Assim, segundo a Seres/MEC, qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica teria legitimidade para representar ao TCU desde que tais irregularidades se referissem ao controle de despesas decorrentes de contratos. E a natureza do Edital 6/2014 se mostra *sui generis*, não fazendo referência, em momento algum, à captação ou repasse de recursos públicos.

18. Para a Seres/MEC, a representação da Abeed “poderá fomentar prática contrária à transparência e a publicidade do controle externo, pois o real litigante poderá se ocultar sob entidade a fim de tumultuar o certame que não lhe favoreça”.

19. Depois, a Seres/MEC destaca algumas considerações sobre o Programa Mais Médicos (peça 75, p. 6-9), instituído pela Lei 12.871/2013, que tem por objetivo diminuir a carência de médicos no interior do País, aprimorar a qualidade dos cursos de Medicina, com a expansão da oferta de cursos em locais com deficiência ou inexistência da oferta, fortalecendo a prestação de serviços de atenção básica em saúde. O programa tem como meta alcançar a marca de 11,4 mil novas vagas de graduação até 2017 e 12,4 mil vagas de residência médica até 2018, com foco em municípios que ainda não possuem oferta do curso de Medicina.

20. O MEC assinala que priorizou regiões com menor relação de vagas e médicos por habitante (desde que com estrutura de serviços de saúde em condições de ofertar campo de prática de qualidade) e alterou-se a lógica para autorização de novos cursos, com a seleção de municípios e instituições de ensino por meio de editais de chamamento público de ampla concorrência. Com a regra anterior, o resultado foi a concentração da oferta em poucos municípios, especialmente nas capitais.

21. Para a Seres/MEC, tal alteração revela-se inovação necessária ao interesse social no âmbito da função regulatória exercida pelo MEC, pois, a partir de estudos, foi verificada a necessidade de atuação do Poder Público para homogeneizar o número desses profissionais nas regiões mais necessitadas, mediante a expansão da oferta de cursos de Medicina.

22. Anteriormente ao programa, havia 0,8 vagas de Medicina por 10 mil habitantes e, com o alcance da meta, haverá um salto de 0,95 vaga/10 mil habitantes em 2013 para 1,34 vaga/10 mil habitantes em 2017 (proporção que se aproxima da realidade de países como a Inglaterra, que é o segundo maior sistema público e universal do mundo, com uma relação de 1,61 vaga/10 mil habitantes em 2011).

23. Até o presente momento, entre 2013 e 2015, foram criadas 5.849 novas vagas em cursos de graduação, sendo 2.100 vagas em instituições públicas e 3.749 em instituições privadas. Está prevista a criação de 5.180 novas vagas de graduação de Medicina por meio dos editais de chamamento público de instituições privadas de ensino, sendo 2.460 vagas referentes ao Edital nº 06/2014.

24. A Seres/MEC reforça que a expansão de cursos de Medicina é política de caráter temporário, e que a Seres passará a acolher novos pedidos de autorização de curso de Medicina em outras localidades após o atendimento da meta, incorporando ainda os referenciais de qualidade previstos no art. 3º, § 7º, da Lei 12.871/2013, que são essenciais para o aprimoramento do ensino da Medicina no Brasil.

25. O Programa Mais Médicos faz parte de amplo pacto de melhoria do atendimento aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), que prevê mais investimentos em infraestrutura dos hospitais e unidades de saúde, com o objetivo de diminuir a carência de médicos nas regiões prioritárias para o SUS, reduzindo, assim, as desigualdades regionais do País.

26. A Seres/MEC destaca a obrigação do Estado em compatibilizar a livre iniciativa e o interesse público em matéria educacional (peça 75, p. 9-11). Inicialmente, ressalta que a educação é um direito constitucional fundamental e social, inserindo-se no título da constituição federal referente à ordem social. O art. 205 da CF/88 estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado.

27. A fim de que sejam assegurados os ditames da justiça social, a educação, como atividade econômica exercida por particulares, deve ser moldada por princípios da ordem econômica que obrigatoriamente assegurem tanto a dignidade da pessoa humana como o interesse público.

28. A Seres/MEC argumenta que cabe ao Estado reconhecer a prevalência da finalidade pública e coletiva da educação sobre o interesse particular e o lucro, equilibrando, por meio da regulação, a atuação da livre iniciativa privada frente aos interesses públicos. Transcreve parte de julgado do Ministro Sepúlveda Pertence, ao tratar da atividade normativa e regulatória do Estado para garantir a proteção do direito à educação (ADI/DF 319):

‘Um instrumento constitucional de concretização desta função permanente de ponderação de valores, que, em termos absolutos, se contradiriam, Senhor Presidente, é precisamente, na ordem econômica, a competência do Estado para intervir como agente normativo e regulador da atividade econômica, expressamente legitimado pelo artigo 174 da Constituição, que não se reduz, data vênua, a autorizar o papel repressivo do poder econômico, previsto num dos incisos do artigo 173 (...)

(...) penso que mais patente se torna a legitimidade dessa intervenção, quando se trata de atividades abertas à livre iniciativa, porém, de evidente interesse social, porque situadas em área fundamental da construção da ordem social projetada na Constituição de 1988. Delas, um dos setores fundamentais é, precisamente, o da educação, definido na Constituição como direito de todos e dever do Estado, que não se cumpre apenas pela educação pública, mas há de cumprir-se, também, pelo controle, pela regulação da atividade educacional privada.’

29. Com relação ao Prouni (que exemplifica o incentivo do Estado na educação dos seus cidadãos em prol do benefício coletivo), o Ministro Ayres Brito manifestou-se acerca da heterogeneidade da natureza dos serviços educacionais, destacando o fato de que cabe ao Estado autorizar e regular a atividade de educação, uma vez que a sua presença é obrigatória nesta área (ADI/DF 3.330):

‘A livre iniciativa, aqui, se dá num campo mistamente público e privado, tanto o da educação quanto o da saúde. A educação é dever do Estado; a saúde é dever do Estado. São atividades constitutivas, portanto, da presença obrigatória do Estado. São ambas franqueadas à iniciativa privada, porém mediante autorização e mediante condicionamentos que não são impostos, obviamente, àquelas atividades próprias da iniciativa privada que repelem qualquer

intromissão do Estado, porque não dependem de autorização do Estado (parágrafo único do artigo 170). Neste caso, não. Aqui, às expensas, a Constituição impõe duas condições, uma delas: autorização para funcionamento da iniciativa privada no campo do ensino; e segunda, avaliação de qualidade pelo Poder Público, quer dizer, uma permanente avaliação de qualidade pelo Poder Público. Enquanto certas atividades da iniciativa privada já nasçam condicionando os interesses coletivos, outras nascem condicionadas pelo interesse coletivo. **Caso típico, portanto, da educação tanto quanto da saúde.**

30. Assim, a interpretação do voto do Ministro Ayres Brito acima indica que a educação é função que pode ser desenvolvida pela iniciativa privada, condicionada ao interesse coletivo, buscando o bem-estar e a justiça social.

31. A Seres/MEC destaca a redução da discricionariedade do Poder Público em autorizar cursos de Medicina pela Lei 12.871/2013 (peça 75, p. 11-14).

32. Quando há oferta de serviço de educação pelo particular, deve-se obedecer limites estabelecidos pelo Poder Público, que por sua vez se fundamenta na preservação dos interesses coletivos. Essa “intervenção estatal”, como poder de polícia, possui amparo no art. 209 da CF/88, que prevê a livre iniciativa para o ensino, mas sob certas condições. A atuação estatal para regular o ensino superior é exercida pelo MEC, especialmente pelo Decreto 7.690/2012, Decreto 5.773/2006 e Portaria Normativa-MEC 40/2007.

33. O poder de polícia possui como uma das suas características preponderantes a discricionariedade, que se mostra como regra, em detrimento da vinculação. O art. 3 da Lei 12.871/2013, ao conferir ao Ministro da Educação a competência para dispor sobre o chamamento público para autorização dos cursos de Medicina, apenas reproduziu uma competência de natureza discricionária que já pertencia a essa Pasta Ministerial, proveniente do Decreto 5.773/2006, que, por sua vez, se baseou no art. 209 da CF/88.

34. Segundo a Seres/MEC, após a edição da Lei dos Mais Médicos, o Poder Público entendeu conveniente reduzir sua discricionariedade por meio da instauração de um chamamento público, firmado em uma seleção objetiva e publicizada, cujos resultados se mostram vinculantes.

35. Acerca dos princípios da livre iniciativa, livre concorrência e universalização do acesso ao ensino (peça 75, p. 14-17), a Seres/MEC alega que a representante apresentou um “sofisma discreto” sob a lógica formal de um pretenso silogismo: “a Constituição afirma ser o ensino ‘livre à iniciativa privada’ (premissa maior), o que impediria qualificá-lo como serviço público (premissa menor), vedando-se assim, por conseguinte (conclusão), toda e qualquer ação do Estado”. Porém, deve-se reconhecer a necessidade da regulação estatal.

36. Preliminarmente à questão da alegada afronta à livre iniciativa, a Seres/MEC argumenta que a Lei 12.871/2013 apenas determinou a realização de chamamento público previamente à autorização para funcionamento do curso de Medicina como forma de escolher o melhor projeto acadêmico, como medida para promover a melhoria da qualidade da educação superior face ao desafio de reduzir as desigualdades regionais. E o edital é diretamente derivado desse diploma legal.

37. Mesmo admitindo-se a tese veiculada na representação de que a ação estatal somente poderia ser considerada legítima à luz da melhoria da qualidade, tem-se que o edital ora impugnado busca exata e unicamente a seleção do melhor projeto pedagógico, bem como da instituição financeiramente mais sólida. O escopo do edital é justamente expandir a oferta de cursos de Medicina com base na garantia de qualidade.

38. Além disso, a Seres/MEC ressalta outro aspecto relacionado à busca do lucro, que, na educação, subordina-se à consecução de fins públicos, independentemente da qualificação como serviço público.

39. A Seres/MEC cita uma definição doutrinária que excluiria, em princípio, a educação como serviço público, pois nada há na Constituição que sugira ser a educação uma "prestação de utilidade econômica primordialmente a cargo do Estado". Por outro lado, a Seres/MEC argumenta que, diante do avanço do papel do Estado na implementação de direitos sociais, a atuação nessa seara pode ser vista como serviço público. Inexistindo monopólio estatal natural, é atividade econômica de interesse público, sujeita à regulação estatal. Prestada pelo Estado, a educação pode ser vista como serviço público social.

40. Para a Seres/MEC, em momento algum o edital pretendeu converter a educação superior privada (atividade econômica em sentido estrito) em serviço público, regulada pelo Estado enquanto atividade econômica. A única inovação da Lei 12.871/2013 foi submeter a autorização de curso de Medicina a chamamento público, reduzindo o espectro de discricionariedade da Administração Pública. Isso fortalece, e não enfraquece, a livre iniciativa e a livre concorrência.

41. Os princípios do art. 170 da CF/88 não são valores absolutos, mas que se equilibram reciprocamente. Assim, a propriedade privada é fundamento da livre iniciativa econômica, tanto quanto a função social da propriedade; a livre concorrência é fundamento da livre iniciativa, tanto quanto a defesa do consumidor e a busca pelo pleno emprego. E a respeito do Edital 6/2014, tem-se a redução das desigualdades regionais.

42. A Seres/MEC transcreve trecho de Marcos Juruena Villela Souto, in *Direito Administrativo Regulatório* (2005):

‘princípio da livre iniciativa não impede a imposição de limites e condicionamentos ao exercício de atividades econômicas, objeto da função regulatória normativa; o que se exige, frise-se, é a ponderação entre os custos da limitação à liberdade e os benefícios a serem distribuídos à sociedade, sempre com vistas à maximização desses (no mínimo, na mesma proporção do sacrifício imposto, matéria ligada à interpretação econômica do direito).’

43. O edital não ataca a livre iniciativa educacional, nem combate a busca legítima pelo lucro, ínsita a toda e qualquer atividade de mercado. Trata-se apenas de instrumento regulatório para ordenação do mercado de cursos de Medicina, excessivamente concentrado no eixo sul-sudeste do país, resguardando os interesses da coletividade.

44. O mercado quase sempre produz ineficiências alocativas (falhas de mercado). E uma delas é, claramente, a oferta de graduação em Medicina. O edital impugnado busca exatamente corrigir essa ineficiência, sem suprimir a concorrência, pelo contrário, promovendo-a para a seleção da melhor proposta. Expande o mercado para oferta de curso de Medicina, amplia a concorrência e fomenta a livre iniciativa ao selecionar instituições de educação superior interessadas em instalar curso de Medicina no interior do país.

45. A Seres/MEC ressalta a cooperação entre Poder Público e iniciativa privada, com o aprimoramento da qualidade do curso de Medicina (peça 75, p. 17-18). Conforme art. 3º, § 2º, da Lei 12.871/2013, o gestor local do SUS compromete-se a oferecer à IES vencedora do chamamento público, mediante contrapartida, a estrutura de serviços, ações e programas de saúde necessários para a implantação e para o funcionamento do curso de graduação em Medicina. Os parâmetros dessa contrapartida estão estabelecidos na Portaria Normativa-MEC 16/2014.

46. Por outro lado, o Edital 6/2014 previu que as IES participantes do certame deveriam

apresentar plano de contrapartida à estrutura de serviços, ações e programas de saúde do SUS, tendo em vista a melhoria do processo ensino-aprendizagem e dos cenários de prática no SUS. Esse plano deve conter a previsão de contrapartida ao SUS, para os próximos seis anos, calculada no percentual entre 5% e 10% do faturamento anual bruto do curso de Medicina, o que é o mínimo necessário para que os alunos dessas IES usufruam do hospital para o internato.

47. Segundo a Seres/MEC, essa contrapartida não se configura como nova fonte de custeio do SUS, e sim uma cooperação entre o município, SUS e IES. Assim, as instituições utilizam-se da estrutura, ações e programas da rede local do SUS, como campo de prática para os estudantes, sem o ônus de construção de hospitais-escolas e a população local se beneficia com a melhoria no sistema.

48. A Seres/MEC alega que inexiste coerção exercida pelo Edital 6/2014 às IES (peça 75, p. 18-19), uma vez que a sua participação é facultativa. Mas, caso as entidades privadas de ensino desejem ofertar cursos de Medicina, deverão obedecer aos critérios previstos no instrumento editalício, baseado no poder-dever de regulação que detém o MEC.

49. O poder de escolha, pelas IES, da localidade onde instalar curso de Medicina não pode preponderar perante o interesse público de redistribuir de forma proporcional a oferta do curso, ainda mais considerando o caráter temporário dos procedimentos regidos pelo edital. Ao se atingir a meta de efetiva redistribuição regional, nada obsta que a Seres promova a abertura de protocolos de autorização desse curso.

50. Para a Seres/MEC, não cabe a alegação de intervenção do Estado na economia como lesão ao princípio da livre iniciativa, pois esta encontra limites quando sua aplicabilidade interfere na oferta de um direito de natureza social.

51. Contesta ainda o argumento da representante de que o procedimento do certame se assemelha a uma concessão de serviço público, pois, diferentemente das regras previstas na Lei 8.987/95 (que regula esse tipo de concessão), no âmbito do Edital 6/2014 há vedação de participação de consórcio; as atividades das IES não ocorrerão integralmente sob sua "conta e risco" (pois haverá cooperação com os municípios na rede SUS); e não há contraprestação pelo usuário (tarifa).

52. A Seres/MEC alega que não há inconstitucionalidade do art. 4º da Lei 12.871/2013 frente ao art. 199 da CF/88 (peça 75, p. 20-22). Com o intuito de efetivar o dispositivo inscrito no inciso III do art. 200 da CF/88, confere-se ao SUS a ordenação da formação de recursos humanos em saúde. O mercado atual de trabalho no SUS necessita de constante qualificação e reivindica aperfeiçoamento dos novos profissionais. A Lei 12.871/2013 adveio também nesse sentido, para a formação de recursos humanos na área médica para o SUS, constituindo educação de qualidade em situações reais.

53. A base conceitual das novas diretrizes curriculares nacionais (DCN) de Medicina apoia-se em um conjunto de referências: Constituição Federal, Lei Orgânica do SUS (Lei 8.080/1990), Lei 9394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), Parecer 1.133/2001 e Resolução CNE/CES 4/2001, Lei 12.871/2013, entre outras.

54. A abordagem contida no normativo do Conselho Nacional de Educação (CNE) exige mudança no papel dos serviços e dos profissionais de saúde na formação do futuro profissional, assim como da escola formadora e dos seus docentes, fazendo-se necessária a articulação entre as IES, o sistema de saúde e outros equipamentos sociais. Segundo as DCN de Medicina, os estudantes devem ter a oportunidade de vivenciar espaços sociais e de serviços de saúde de todos os tipos, tendo a prática como elemento central em seu processo de aprendizagem, a partir da interação entre a universidade e a sociedade.

55. As DCN de Medicina definem que o estágio curricular obrigatório de formação em serviço, em regime de internato, é etapa integrante da graduação e será ofertado em serviços próprios, conveniados ou em regime de parcerias, estabelecidas por meio de Contratos Organizativos de Ação Pública Ensino-Saúde com os secretários municipais e estaduais de saúde, conforme previsto na Lei 12.871/2013. A carga horária mínima do estágio curricular obrigatório de formação em serviço, em regime de internato, deverá atingir 35% da carga horária total do curso.

56. A Lei 12.871/2013 também possui a finalidade de formar recursos humanos na área médica para o SUS e tem dentre seus objetivos o aprimoramento da formação médica no Brasil, procurando dar concretude ao art. 200, inciso III, da CF/88, que estabelece a competência do SUS para ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde. E, nos termos do art. 4º, § 1º, daquela lei, garantir que ao menos 30% da carga horária do internato médico na graduação sejam desenvolvidos na Atenção Básica e em Serviço de Urgência e Emergência do SUS é ampliar as capacidades dos futuros profissionais de saúde que desenvolverão habilidades para atender a maior parte da população brasileira que acessa os serviços públicos de saúde.

57. O MEC ressalta que a Lei 12.871/2013 não estabelece qualquer impedimento ou objeção sobre prática de internato em Medicina em outros estabelecimentos de saúde, mas apenas firma que ao menos um percentual de carga horária seja cumprido no SUS.

58. Por fim, a Seres/MEC relata breves considerações sobre a teoria econômica da regulação (peça 75, p. 22-26), pois os argumentos da representação procuram questionar não a intervenção estatal no caso específico da educação superior privada em Medicina nos moldes do edital, e sim a intervenção estatal na economia como um todo.

59. Segundo a Seres/MEC, o argumento do não intervencionismo do Estado está associado ao pensamento neoliberal, porém insuficientes para invalidar o edital – muito pelo contrário, reafirmam a necessidade da intervenção estatal para ordenar um mercado claramente concentrado (falhas de mercado).

60. A Seres/MEC apresenta considerações acerca do problema agente/principal (quando há um agente – governo – incumbido de tomar decisões em prol dos interesses do principal – sociedade), afirmando que o Edital 6/2014 se voltou para ampliar a transparência e a objetividade das decisões estatais que autorizam o funcionamento de cursos de Medicina, introduzindo mecanismos de alinhamento de interesses entre governo, sociedade e mantenedoras de ensino superior, capazes de proporcionar o bem coletivo.

61. O Edital 6/2014 busca levar cursos de Medicina para locais onde faltam médicos, além de corrigir a assimetria de informações entre o MEC e as IES, pois somente estas sabem exatamente sua situação financeira e sua capacidade de honrar o projeto. Ao aferir experiência regulatória, sustentabilidade financeira e projeto pedagógico, a Seres busca obter informações capazes de balizar a autorização de cursos de Medicina.

62. A atuação governamental é justificável para equilibrar mercados incompletos com informação imperfeita, criando condições para que a oferta seja elevada a níveis compatíveis com a demanda. No caso da educação superior em Medicina, é do interesse coletivo que a oferta de graduação em Medicina seja expandida. Segundo a Seres/MEC, dentre as principais características regionais que atraem médicos está a renda per capita. Todavia, estados que oferecem mais vagas em programas de residência atraem mais médicos em busca de aperfeiçoamento. Há estudos que apresentam a existência de instituições de ensino como principal fator de atração de médicos graduados para as zonas rurais.

a.1) Análise

63. A Seres/MEC questiona, em caráter preliminar, a legitimidade ativa da Associação Brasileira dos Estudantes de Educação à Distância (Abeed) para representar junto ao TCU. Tal argumento não pode prosperar, em razão de o disposto do art. 3º, § 3, da Lei 12.871/2013 conferir ao edital do chamamento público a observância, no que couber, da legislação sobre licitações e contratos administrativos.

64. Dessa forma, a representação foi recebida com base no art. 113, §1º, da Lei 8.666/93. Além disso, mesmo que houvesse eventual ilegitimidade, a análise desse requisito de admissibilidade nas representações junto ao TCU deve ser feita em harmonia com os princípios norteadores dos processos no âmbito desta Corte, a exemplo da verdade material, da oficialidade no prosseguimento de seus atos e do formalismo moderado, em que se privilegia a matéria fiscalizada. Com base nesses parâmetros, a Segecex expediu orientação interna de que, na ausência de qualificação do autor, a unidade técnica pode assumir a autoria da representação, conforme Memorando-Circular 24/2014.

65. Passada a preliminar, a questão principal discutida nesta instrução reside em possíveis inconstitucionalidades do art. 3º e art. 4º da Lei 12.871/2013 (Lei do Mais Médicos), aplicados no caso concreto do Edital 6/2014-Seres/MEC.

66. A Lei 12.871/2013, instituída com a finalidade, entre outras, de promover a expansão e melhor distribuição dos cursos de Medicina no país, alterou o modelo de autorização para novos cursos de Medicina, estabelecendo que a sua abertura, a partir da publicação da lei (art. 3º, § 4º), se daria por intermédio de chamamento público, promovido pelo MEC, a determinados municípios pré-selecionados, nos termos do art. 3º, caput e § 1º, daquele normativo legal.

67. Pelas razões expostas a seguir, tal política resultaria em intervenção indevida em atividade privada, impedindo a liberdade de o interessado ofertar esses cursos em localidades diversas, em afronta aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, estabelecidos nos arts. 170, *caput* e inciso IV, e 209 da CF/88.

68. No formato instituído pela Constituição Federal de 1988, a atividade de ensino brasileiro se assenta na coexistência e coparticipação das instituições públicas e privadas. A educação consiste em direito social, mas a natureza de sua atividade se diferencia conforme a instituição prestadora do serviço.

69. Assim, quando prestada pelo Estado por força art. 208 da CF/88, se caracteriza como serviço público privativo do Estado. Contudo, quando prestada pelo particular, caracteriza-se como atividade econômica, pautada pela livre iniciativa, com base no art. 209 da CF/88, e de acordo com os fundamentos e princípios previstos no art. 170, também da Carta Magna.

70. Observa-se na doutrina e jurisprudência que a atividade de ensino prestada pelo particular ora é tratada eminentemente como atividade privada ora como serviço público. Mesmo quando a relacionam a um serviço público, esta atribuição não estaria afeta ao seu sentido estrito, mas sim diante do contexto de seu atendimento a uma necessidade coletiva (serviço público social), isso porque a titularidade da prestação do serviço pertence ao particular, sem a necessidade, em razão disso, de ato delegatório pelo Estado.

71. Dentre as classificações doutrinárias apresentada por Maria Sylvia Di Pietro, há aquela que aponta as atividades de ensino como serviços públicos não exclusivos do Estado, sendo “considerados serviços públicos porque atendem a necessidades coletivas, mas impropriamente públicos, porque falta um dos elementos do conceito de serviço público, que é a gestão, direta ou indireta, pelo Estado” (Di Pietro. Direito Administrativo,

2014, p. 118).

72. Por outro lado, a própria Di Pietro se manifesta no sentido de que “essa categoria de atividade denominada de serviço público impróprio não é serviço público em sentido jurídico, porque a lei não a atribui ao estado como incumbência sua ou, pelo menos, não a atribui com exclusividade; deixando-a nas mãos do particular, apenas submetendo-a a especial regime jurídico, tendo em conta sua relevância” (Di Pietro. Direito Administrativo, 2014, p. 114-115).

73. Nesse sentido, por não haver gestão indireta pelo Estado, não há que se falar em delegação de serviço público, a qual deve ser exercida por intermédio de concessão ou permissão, nos termos do art. 175 da CF/88, nem mesmo com base na autorização de serviço público, a exemplo dos serviços de energia elétrica e telecomunicações (art. 21, XI e XII, da CF/88).

74. Essa linha de entendimento, no sentido de que a atividade de ensino exercida pelo particular não está sujeita à delegação por parte do Poder Público, pode ser observada em outros autores e na jurisprudência.

75. Marçal Justen Filho, em seu Curso de Direito Administrativo, é sucinto: “concedem-se serviços público; autorizam-se serviços privados”. (Justen Filho, 2014, p. 845). Já Carvalho Filho, em Manual de Direito Administrativo, afirma ser “inaceitável a noção dos denominados serviços públicos autorizados. A atividade, quando for autorizada há de refletir interesse exclusivamente ou predominantemente de seu titular, ou seja, haverá na atividade autorizada interesse meramente privado” (Carvalho Filho, 2014, p. 451).

76. Lucas Rocha Furtado, em seu Curso de Direito Administrativo, explicita o seguinte:

‘(...) é possível afirmar que a autorização é instrumento de que se vale o Estado para intervir no exercício de atividade privada; a concessão e a permissão são instrumentos para transferir a particulares a prestação de serviços públicos. (FURTADO, 2007, p. 588)

(...)

No caso dos serviços sociais de saúde e de educação, teríamos, adotada essa vertente, que admitir que particulares sejam titulares de serviços públicos, cabendo ao Estado organizar e coordenar as atividades prestadas pelo próprio Estado e pelos particulares.

A outra vertente importa em reconhecer que as atividades de saúde e de educação somente são públicas quando prestadas pelo Estado, assumindo feição de atividades privadas reguladas por meio do poder de polícia quando exercidas pelos particulares. (FURTADO, 2007, p. 709)’

77. O debate sobre o tema também é observado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, na ADI 1.266-5/BA (Relator: Min. Eros Grau; Data de julgamento: 6/4/2005; Tribunal Pleno; Data de publicação: DJ 23/9/2005):

‘AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. 1. **Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização.** (Grifos inseridos)’

78. Embora tenha havido, no julgamento da ADI 1.266-5/BA, discussão sobre a classificação ou não da Educação como serviço público, os ministros daquela Corte entenderam que não era necessário adentrar na questão, por entenderem que o Estado teria, independentemente disso, o direito de exercer a regulação sobre esse serviço, como se observa na fala dos ministros Sepúlveda Pertence e Gilmar Mendes:

‘O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Senhor Presidente, também eu, conforme o Ministro Carlos Britto, embora respeitando como categoria doutrinária a classificação do Ministro Eros Grau, **entendo que, em termos constitucionais, o ensino privado não é serviço público**; é uma atividade privada, mas, porque imbricada com o direito à educação, sujeita a regulamentações públicas. (Grifos inseridos)

(...)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – No caso, não é preciso chegar a esse resultado, porque é comum o entendimento de que é passível de regulação a matéria por parte do Estado.’

79. Diante desse contexto, observa-se que as atividades de ensino, quando prestadas por particulares, não estariam sujeitos a qualquer regime de delegação, o qual pudesse sugerir que a titularidade dessas atividades, nesse caso, seria do Estado.

80. Nesse cenário, considerando os conceitos e a ordem constitucional, verifica-se que o MEC, por meio do Edital 6/2014, aplicado com base no art. 3º da Lei 12.871/2013, passa a tratar, de forma implícita, as atividades privadas de ensino relacionadas aos cursos de Medicina como uma espécie indevida de serviço público sujeito a ato de delegação, submetido à prévia licitação (chamamento público).

81. A Seres/MEC reforça a necessidade de o estado regular a atuação da livre iniciativa privada, no ensino, frente aos interesses públicos, tendo em vista a educação ser um direito fundamental e social. Contudo, não se questiona a possibilidade ou não de tal regulação, mas sim o grau de intervenção imposto ao particular. Não há princípio absoluto, porém a sua limitação precisa ter amparo na Constituição.

82. É legítima, na ordem constitucional, a intervenção estatal nas atividades econômicas, na forma de regulação e fiscalização, com o intuito de garantir ao mercado o seu funcionamento sem distorções que restringem a efetividade das normas constitucionais:

‘Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.’

83. Nesse aspecto, reproduz abaixo posição de Eros Grau (A Ordem Econômica na Constituição de 1998, 2008, p. 92):

‘*Intervenção* indica, em sentido forte (isto é, na sua conotação mais vigorosa), no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; *atuação estatal*, simplesmente, ação do estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que *intervenção* conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; *atuação estatal*, ação do Estado no campo *da atividade econômica em sentido amplo*.’ (Destques do autor)

84. Especialmente na área da educação, a própria Constituição Federal dispõe sobre a intervenção do Estado no ensino prestado pela iniciativa privada, conforme as condições estabelecidas no art. 209. Tal previsão reconhece a importância social da educação e

fortalece o interesse coletivo envolvido.

‘Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.’

85. O ato de autorização do Poder Público a que está sujeito a iniciativa privada advém do poder de polícia do Estado para regular e fiscalizar a respectiva atividade, não podendo ser confundido com a autorização de serviço público, a exemplo dos serviços de energia elétrica e telecomunicações (art. 21, XI e XII, da CF/88).

86. Como atividade econômica, o ensino prestado por particulares submete-se aos fundamentos e princípios constitucionais fixados no art. 170 da CF/88. A Seres/MEC suscita que o próprio dispositivo constitucional prevê limitadores da atividade econômica, a exemplo do princípio da redução de desigualdades regionais e sociais:

‘Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (Não grifado no original)’

87. É inquestionável a previsão constitucional de intervenção indireta do Estado na ordem econômica, agindo “quando se fizer necessário para normatizar, regular e corrigir falhas de mercado, em prol do bem comum e do interesse coletivo”, conforme explicita Leonardo Vizeu Figueiredo (Lições de Direito Econômico, 2010, p. 59).

88. A livre iniciativa consiste em preceito fundamental, previsto nos arts. 1º, IV, 170, *caput*, e 209 da CF/88. Dessa forma, os princípios contidos nos incisos do art. 170 são norteadores das atividades econômicas, cabendo ao Estado, caso evidenciado o interesse coletivo, a intervenção de modo a regular e incentivar determinada área em prol da sociedade. A regulação é poder-dever do Estado para delimitar a atividade econômica, utilizando-se do poder de polícia administrativa, mas não pode ser invocada para impedir, na sua totalidade, a livre iniciativa.

89. Cabe transcrever trecho do estudo produzido pelo Roberto Barroso e publicado na Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (Título: Ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. Número 14 – maio/junho/julho – 2008). Na ocasião, Roberto Barroso indicou que os princípios listados nos

incisos do art. 170 da CF/88 podem ser classificados como princípios de funcionamento e princípios-fins. Entre os princípios-fins, exemplifica o da redução das desigualdades regionais e sociais:

‘Os princípios-fins são finalidades a que visa o Estado na ordem econômica, já que, ao lado dos particulares, o Poder Público também é um agente econômico. Vale dizer, **representam os objetivos sociais do Estado** dentro dessa mesma ordem, informando a política econômica do Governo no sentido da plena realização dos preceitos constitucionais.

Uma última observação importante a ser feita **a respeito dos princípios setoriais, em qualquer de suas categorias, é que nenhum deles – desde a meta de assegurar a todos existência digna, até o tratamento favorecido para as empresas nacionais de pequeno porte – poderá contrariar ou esvaziar os princípios fundamentais da ordem econômica, tal como positivados no caput do art. 170, ainda que lhes estabeleçam certo nível de restrições. Não se pode, sob o pretexto de realizar qualquer deles, eliminar a livre iniciativa ou depreciar o trabalho humano.** Confira-se, sobre o ponto, Celso Antonio Bandeira de Mello, *in verbis*:

“Seria um verdadeiro absurdo, um contrassenso cabal, extrair do parágrafo de um artigo a outorga de poder para nulificar o que se contém em sua cabeça e em um de seus incisos; o disparate interpretativo seria particularmente inadmissível quando se sabe que o artigo e o inciso em questão (170 e seu inciso IV) apresentam-se, e de modo declarado, como sendo respectivamente, um dos ‘fundamentos da ordem econômica’ e um dos ‘princípios’ vetores dela. Um fundamento constitucional que pudesse ser arreado por obra de legislação ordinária ou um princípio que esta pudesse menoscar, a toda evidência, nada valeriam e o constituinte seria um rematado tolo se houvesse pretendido construí-los com tal fragilidade”.

(...)

É certo que alguns dos princípios setoriais podem autorizar a produção de normas que interfiram com a livre-iniciativa. Isto é natural e inevitável. **Mas tais princípios não têm força jurídica para validar atos que venham suprimir a livre iniciativa ou vulnerá-la no seu núcleo essencial.**’ (Destques inseridos)

90. Em seu estudo, Roberto Barroso ainda cita ensinamento de Tércio Sampaio Feraz Jr., em parecer sobre o papel do Estado na preservação e promoção dos princípios de funcionamento da ordem econômica (Congelamento de preços – tabelamentos oficiais, in Revista de Direito Público 91, 1989, p. 77-78):

‘Esses nove princípios [do art. 170 da CF/88] não se contrapõem aos fundamentos da ordem, mas dão-lhes seu espaço relativo. **Cumpra ao Estado assegurar os fundamentos, a partir dos princípios. Não se pode, por isso, em nome de qualquer deles eliminar a livre iniciativa nem desvalorizar o trabalho humano. Fiscalizar, estimular, planejar, portanto, são funções a serviço dos fundamentos da ordem, conforme seus princípios. Jamais devem ser entendidos como funções que, supostamente em nome dos princípios, destruam seus fundamentos.**’

91. Entende-se, assim, que a medida de impedir qualquer possibilidade de exercício do direito de ofertar serviço de educação superior em Medicina fora dos parâmetros do Edital 6/2014 afronta os princípios constitucionais da livre iniciativa e, como consequência, da livre concorrência, pois restringe ou afasta a possibilidade de existência de ambiente de competição com a entrada de novas instituições privadas no mercado.

92. Portanto, na prática, caso uma IES queira, por exemplo, abrir um curso de Medicina em Brasília/DF, Macapá/AP, Porto Alegre/RS ou qualquer outra cidade fora daquelas pré-selecionadas em edital, está impossibilitada de requisitá-lo após a publicação da Lei 12.871/2013, o que denota uma limitação indevida que ultrapassa o poder de intervenção do Estado, transgredindo a ordem constitucional.

93. A Seres/MEC ainda alega o caráter temporário da política de restrição de novos cursos em outras localidades, pois se daria até o alcance do objetivo de diminuir a carência de médicos.

94. Sobre esse aspecto, importante observar que uma norma infraconstitucional que elimine, mesmo temporariamente, um preceito fundamental, fundado na livre iniciativa, consiste em medida extrema do Poder Público contra a liberdade privada.

95. É notório o quadro de insuficiência em que se encontra o atendimento médico da rede pública de saúde, manifestada, entre outros aspectos, pela carência de médicos em determinadas localidades. Todavia, ainda que se possa cogitar sobre a adoção de tal ato, em casos evidenciados de circunstâncias excepcionais, entende-se que na presente situação se mostra desarrazoado e sem amparo pela Constituição, pelas razões expostas a seguir.

96. Primeiro, por considerar juridicamente frágil e um risco à supremacia da Constituição a imposição de condicionar o término da vigência do ato que eliminaria o fundamento da livre iniciativa ao atingimento de objetivos almejados por uma política pública.

97. Observa-se que a condição imposta possui um grau de incerteza, revelada na possível capacidade operacional do Poder Público em garantir a eficácia e efetividade da execução da política pública. É factível o alcance da meta de vagas em cursos de Medicina (eficácia), porém espera-se também que a política, com a alteração do modelo de autorização e funcionamento de cursos, promova a distribuição e diminuição da escassez de médicos no interior do país (efetividade), reforçado pela própria Seres/MEC:

‘Ainda mais quando se considera que os procedimentos de autorização de curso de medicina regido nos termos do Edital nº 06/2014 possuem caráter temporário, posto que, após cumprida a meta de **efetiva redistribuição regional** do curso de medicina, nada obsta que esta SERES promova a abertura de protocolos com pleitos de autorização deste curso, obedecidos os critérios qualitativos da Lei nº 12.871/2013.’

98. Com isso, entende-se que a supressão de um fundamento constitucional não pode ser submetida a uma regra programática de política pública, cuja efetividade requer avaliação discricionária do gestor público, fora da esfera jurídico-formal. O referido condicionamento, ao contrário do que alega a Seres/MEC, confere ao ato restritivo vigência indeterminada, pois a resolução de problemas sociais difere do alcance de metas quantitativas.

99. A segunda razão refere-se ao papel do Estado, nos termos do art. 174 da CF/88, de promover mecanismos de incentivo aos agentes econômicos do setor privado com vistas a assegurar os princípios listados no art. 170 da CF/88, inclusive a da redução das desigualdades regionais e sociais. Roberto Barroso, em seu estudo já citado, ensina que:

‘No desempenho de tal atribuição, compete-lhe, por exemplo, levar a efeito programas que promovam a **redução da desigualdade** ou que visem ao pleno emprego. Ao mesmo tempo, é dever do Estado, como agente da ordem econômica, **criar mecanismos de incentivo que estimulem a iniciativa privada a auxiliar na consecução desses mesmos fins**.

Nessa linha de raciocínio, é próprio do papel do Estado procurar influir

legitimamente nas condutas dos agentes econômicos, através de mecanismos de fomento – incentivos fiscais, financiamentos públicos, redução da alíquota de impostos –, **sem que possa, todavia, obrigar a iniciativa privada à adesão.**

Em outras palavras, não se pode, sem prejuízo dos princípios fundamentais da ordem econômica, consagrados na Lei Maior, **transferir aos particulares de forma cogente o ônus de concretizar princípios-fins de responsabilidade do Estado.** A realização de seus próprios objetivos privados não é incompatível – deve-se enfatizar – com a função social da empresa e certos deveres de solidariedade, mas não inclui o de substituir-se ao Poder Público. Como é intuitivo, o papel da iniciativa privada na ordem econômica é diverso daquele desempenhado pelo Estado.’

100. No seu estudo, Roberto Barroso exemplifica situações, por hipótese, em que o Poder Público transferiria o ônus de concretizar princípios-fins de responsabilidade do Estado ao particular, sendo que uma delas se adequa ao caso concreto em análise nestes autos:

‘O Poder Público não pode supor, e.g., que uma empresa esteja obrigada a admitir um número x de empregados, independentemente de suas necessidades, apenas para promover o pleno emprego. **Ou que se instalem fábricas obrigatoriamente em determinadas regiões do País, de modo a impulsionar seu desenvolvimento.**’

101. Nota-se que não há questionamento acerca da política de se buscar a abertura de cursos em determinadas localidades, mas sim sobre a forma com a qual o Estado se valeu para executá-la.

102. Sobre o incentivo estatal, Leonardo Vizeu Figueiredo leciona que (Lições de Direito Econômico, 2010, p.143):

‘Por incentivo, dentro do processo de regulação estatal, entende-se o auxílio prestado pelo Poder Público para o fomento, a implementação ou o desenvolvimento de determinadas atividades econômicas, a serem exploradas pelo particular. Em outras palavras, a atividade é implementada e exercida pela iniciativa privada, contando, todavia, com benefícios e incentivos estatais, conduzindo-se para o cumprimento dos interesses públicos e coletivos estabelecidos para tanto.

(...)

Cumprir frisar, ainda, que a atividade de incentivo estatal é fundamental para redução das desigualdades regionais, uma vez que o desenvolvimento econômico não se dá de forma equivalente e uniforme em todas as regiões de um país. Destarte, cumpre ao Poder Público, a fim de alcançar um nivelamento econômico e social em toda a nação, recorrer exatamente aos benefícios fiscais, reduzindo-se, gradativamente, as desigualdades.’

103. Observa-se, portanto, que a adoção de uma medida extrema pelo Poder Público, suprimindo o fundamento constitucional da livre iniciativa, mesmo que de forma temporária, a fim de se buscar redução das desigualdades regionais e sociais, se revela em desacordo com o princípio da razoabilidade, visto que existem outros mecanismos a serem utilizados pelo Poder Público, além de se verificar risco à supremacia da Constituição, conforme mencionado anteriormente.

104. Diante desses elementos, verifica-se a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 12.871/2013, cuja aplicação se deu no caso concreto do Edital 6/2014, em afronta ao fundamento constitucional da livre iniciativa, consagrado pelo art. 1º, IV, 170, caput, e 209 da CF/88, e, por conseguinte, afronta ao princípio da livre concorrência, estabelecidos no art. 170, IV, da CF/88.

105. Outro ponto requisitado na oitava refere-se à exigência de contrapartida para utilização dos recursos do SUS, o que criaria nova modalidade de custeio arcada por entidades particulares. Para a Seres/MEC, a contrapartida se configura apenas como uma cooperação entre o município, SUS e IES.

106. De acordo com o art. 3º, § 2º, da Lei 12.871/2013, “o gestor local do SUS compromete-se a oferecer à instituição de educação superior vencedora do chamamento público, mediante contrapartida a ser disciplinada por ato do Ministro de Estado da Educação, a estrutura de serviços, ações e programas de saúde necessários para a implantação e para o funcionamento do curso de graduação em Medicina”.

107. Desse dispositivo, observa-se que o termo da contrapartida aparece de forma vaga, sem qualquer indicativo de sua operacionalidade. O MEC editou a Portaria Normativa 16, de 25/8/2014, regulamentando o § 2º do art. 3º da Lei 12.871/2013, definindo o seguinte:

‘Art. 1º A habilitação para autorização de funcionamento de curso de graduação em Medicina será precedida de chamamento público e deverá observar, necessariamente, o oferecimento pela instituição de educação superior privada de contrapartida à estrutura de serviços, ações e programas de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS do município e/ou na região de saúde do curso.

Art. 2º A contrapartida à estrutura de serviços, ações e programas de saúde necessários para a implantação e para o funcionamento do curso de graduação em Medicina contemplará as seguintes modalidades:

I - formação para os profissionais da rede de atenção à saúde, nos termos do art. 35 da Resolução CNE/CES no 03, de 20 de junho de 2014;

II - construção e/ou reforma da estrutura dos serviços de saúde;

III - aquisição de equipamentos para a rede de atenção à saúde; e

IV - pagamento de bolsas de Residência Médica em Programas de Medicina de Família e Comunidade e, no mínimo, dois outros das áreas prioritárias (Clínica Médica, Pediatria, Cirurgia Geral, Ginecologia e Obstetrícia).’

108. O Edital 6/2014, por sua vez, exige, conforme seu item 5.4.2, que as propostas das IES participantes contenham “Plano de Contrapartida à estrutura de serviços, ações e programas de saúde do Sistema Único de Saúde do município e/ou da região de saúde do curso de Medicina”. Em seu Anexo III, item 5.1, o Edital estabelece, em referência à Portaria Normativa-MEC 16/2014, que o plano deverá conter o seguinte:

‘previsão de investimento na rede SUS, para os próximos 6 (seis) anos, calculada no percentual entre 5% e 10% do faturamento anual bruto do curso de medicina. As mantenedoras devem formular plano de contrapartida, com valores em R\$ (Reais) e previsão de desembolso a partir do início de funcionamento do curso.’

109. Desse contexto, cabe transcrever a previsão estabelecida no § 1º do art. 198 da CF/88:

‘§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.’

110. Da leitura dos dispositivos citados, observa-se que o MEC trouxe inovação no ordenamento jurídico na relação público-privado na prestação de serviços públicos, com previsão inclusive de gastos em infraestrutura.

111. As áreas de educação e saúde funcionam de modo ambivalente entre as instituições

públicas e privadas. Mas, quando prestadas pelo Estado, como a rede pública de saúde, pertence a este a sua titularidade, caracterizando-se como serviço público.

112. A Constituição, em seu art. 175, permite que o serviço público seja prestado, indiretamente, pelo particular, mas sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação:

‘Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.’

113. Nos termos do dispositivo legal, a coparticipação entre público e privado, no âmbito de serviços públicos, deve ser regulamentada mediante lei em sentido estrito, a exemplo da Lei 8.987/1995 e Lei 11.079/2004.

114. O modelo jurídico de cooperação indicado pela Seres/MEC, na forma aplicada no contexto da Lei do Mais Médicos, não encontra amparo na Constituição Federal, uma vez que não se trata de regime de concessão ou permissão.

115. Além disso, observa-se que a sua regulamentação por meio de norma infralegal (Portaria Normativa-MEC 16/2014), bem como pelo próprio Edital 6/2014, configura extrapolação do poder regulamentar do Poder Executivo, dispondo sobre matéria para a qual a Constituição reserva competência ao Poder Legislativo, nos termos do parágrafo único do art. 175 da CF/88.

116. Com efeito, revela-se inconstitucional o modelo de contrapartida praticado no âmbito do Edital 6/2014, direcionados à estrutura de serviços, ações e programas de saúde do SUS, em afronta ao art. 175 da CF/88.

117. Por fim, também foi promovida oitiva quanto à exigência de internato em unidade integrante do SUS, conforme o art. 4º, § 1º, da Lei 12.871/2013, a despeito da exclusão das entidades privadas que não o integram, em desarmonia com o art. 199, *caput*, da Constituição Federal. A Lei dos Mais Médicos dispõe o seguinte:

‘Art. 4º O funcionamento dos cursos de Medicina é sujeito à efetiva implantação das diretrizes curriculares nacionais definidas pelo Conselho Nacional de Educação (CNE).

(...)

§ 1º Ao menos 30% (trinta por cento) da carga horária do internato médico na graduação serão desenvolvidos na Atenção Básica e em Serviço de Urgência e Emergência do SUS, respeitando-se o tempo mínimo de 2 (dois) anos de internato, a ser disciplinado nas diretrizes curriculares nacionais.’

118. Nesse quesito, questiona-se possível tratamento desigual entre instituições de saúde pública e privada. No entanto, não se observa inconstitucionalidade, por entender que não

há inobservância à livre iniciativa das instituições de saúde.

119. O campo de estágio do internato é definido pelas instituições de ensino superior, sem interferência, no planejamento, das instituições de saúde, com base nas diretrizes curriculares dos cursos de Medicina do Conselho Nacional de Educação, hoje estabelecidas pela Resolução-CNE 3/2014.

120. Anteriormente, as diretrizes estavam reguladas pela Resolução-CNE 4/2001, que já previa que o regime de internato deveria ser realizado “preferencialmente nos serviços do Sistema Único de Saúde”. A Lei dos Mais Médicos, por sua vez, destina um percentual mínimo do internato médico a ser desenvolvido no SUS, não interferindo, de forma absoluta, na liberdade de iniciativa das instituições de saúde.

121. Por todo o exposto, com base nos elementos examinados, verifica-se a inconstitucionalidade material do art. 3º da Lei 12.871/2013, cuja aplicação se deu no caso concreto do Edital 6/2014, em afronta ao art. 1º, IV, 170, *caput*, IV, e 209 da CF/88. Também há vício de inconstitucionalidade formal e material do próprio Edital 6/2014 e da Portaria Normativa-MEC 16/2014, em afronta ao art. 175, *caput* e parágrafo único, da CF/88.

122. No que se refere à declaração, pelo TCU, de inconstitucionalidade de atos normativos e demais atos do poder público, cabe reforçar o reconhecimento de sua competência para aplicá-la, incidentalmente, diante do caso concreto, de acordo com a Súmula 347 do STF: “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”.

123. Diferentemente do controle de constitucionalidade exercido privativamente pelo STF, de modo concentrado e abstrato, com efeitos *erga omnes*, previsto no art. 102, alínea ‘a’, inciso I, da CF/88, o controle difuso realizado pelo TCU advém de suas atribuições constitucionais para fiscalizar a legalidade de atos e contratos praticados pela Administração Pública.

124. Dessa forma, na verificação da legalidade, a ação fiscalizatória do TCU se firma na análise se os normativos nos quais se fundamenta determinado ato ou contrato guarda compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio. Ou seja, se esses atos normativos encontram amparo, não apenas nas normas infraconstitucionais, mas também na própria Lei Suprema do Estado, sempre como questão acessória diante de um caso concreto.

125. Assim, é necessário que haja uma aplicação, uma necessidade concreta de tal apreciação de constitucionalidade, de modo que se relacione diretamente ao exercício de atribuições da corte de contas. Nos autos do TC 016.176/2000-5, em que se analisou o regime específico para as licitações da Petrobras, observa-se a preocupação do relator, no seu voto, em demonstrar essa ligação:

‘Ficou demonstrado que, no caso sob análise, a questão constitucional configurou-se claramente como “antecedente lógico e necessário” para que os auditores do Tribunal pudessem manifestar-se sobre os procedimentos licitatórios da Petrobras e sobre seus contratos (Acórdão 560/2010 – TCU – Plenário. Ministro-Relator: Augusto Nardes)’

126. Observa-se que, para o efetivo controle quanto à legalidade do caso concreto, pode haver a necessidade de o exame do TCU alcançar, incidentalmente e como questão prejudicial, a adequação das normas jurídicas aos preceitos constitucionais.

127. No caso em tela, não há discussão de normativos em tese ou em abstrato, mas sobre a legalidade do Edital 6/2014-Seres/MEC, aplicado com fundamento no art. 3º da Lei

12.871/2013, o qual não se encontra em consonância com o estabelecido na Carta Magna.

128. Quanto ao alcance de eventual decisão deste Tribunal acerca da inconstitucionalidade, cabem algumas ponderações que envolvem a questão.

129. Além da matéria sobre a inconstitucionalidade, como questão prejudicial, também se discute nos autos irregularidades praticadas no âmbito do Edital 6/2014. Esse assunto foi examinado conclusivamente por esta unidade técnica, com divergência entre o auditor-instrutor e o secretário substituto no que se refere ao encaminhamento da proposta. Em seu parecer, o auditor concluiu pela existência de elementos para a anulação daquele edital (peça 43), enquanto o secretário substituto expôs suas razões para o não desfazimento do certame (peça 44).

130. Cabe a ressalva de que, no momento do exame sobre as irregularidades no Edital 6/2014, não havia ainda se levantado questionamento sobre a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 12.871/2013. Tal fato se mostra relevante diante da complexidade de todo o procedimento envolvido, que se iniciou com a edição do Edital 3/2013, a fim de selecionar os municípios que iriam receber os cursos de Medicina. Passada essa etapa, deu-se prosseguimento com a publicação do Edital 6/2014.

131. Naquela ocasião, eventual decisão do Tribunal determinando a anulação do Edital 6/2014 não implicaria efeitos sobre os resultados do Edital 3/2013, uma vez que os municípios continuariam possuindo a prerrogativa para receber os cursos, não havendo, assim, interferência no patrimônio jurídico desses entes federativos. A medida buscava, como consequência, o refazimento do ato.

132. O procedimento do Edital 6/2014 ainda não se encerrou, encontrando-se suspenso por determinação deste Tribunal, cujos atos praticados não foram suficientes para produzir efeitos jurídicos na esfera das IES, o que poderia sugerir eficácia *ex tunc* à decisão sobre a inconstitucionalidade, com a anulação daquele certame.

133. Contudo, a aplicação de efeito *ex tunc* atinge todas as atividades praticadas anteriormente, incluindo as do Edital 3/2013, bem como as consequências jurídicas dela decorrentes. O conjunto das ações reflete um amplo esforço da máquina administrativa já depreendido, que demandaram atividades de vários atores públicos (39 municípios, além do próprio MEC).

134. Também importa considerar que, embora a previsão do art. 3º da Lei 12.871/2013 afronte a livre iniciativa privada, no primeiro momento, o edital visa, com adesão voluntária de participantes, a expansão de cursos de Medicina oferecidos por IES privadas. Ou seja, o impedimento para abertura de novos cursos em localidade diversa ao definido pelo MEC, apesar de ocorrer imediatamente com a eficácia da norma, tem seus efeitos lesivos ao direito constitucional do particular sentidos de forma mais intensa no decorrer do tempo, no contexto já explanado nesta análise.

135. Dessa forma, entende-se que tais circunstâncias são relevantes para conferir eficácia *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade, de modo a garantir a segurança jurídica e evitar impactos imediatos negativos à administração pública. Essas considerações atingem inclusive a avaliação sobre a anulabilidade do Edital 6/2014, a partir da qual não mais requereria o seu refazimento, mas levaria a efeito o desfazimento em definitivo de todas as ações praticadas. Por essa razão, a fim de garantir os efeitos prospectivos da decisão, entende-se não ser pertinente, excepcionalmente, a anulação do Edital 6/2014, em modificação à proposta contida na instrução de peça 43.

136. A respeito desses efeitos, também deve-se considerar que a Seres/MEC deu início, a partir de 2015, a procedimentos para novas aberturas de cursos de Medicina, com a

publicação do Edital 1/2015, para a seleção de novos municípios que iriam receber esses cursos. O procedimento está suspenso administrativamente, em razão dos questionamentos constantes destes autos sobre a inconstitucionalidade no âmbito da Lei dos Mais Médicos (peça 126).

137. Considerando que o novo procedimento para outros cursos de Medicina encontra-se em sua fase inicial, na etapa de seleção de municípios (Edital 1/2015), ainda não encerrado, entende-se que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 12.871/2013 deve recair sobre o Edital 1/2015, impondo a sua anulação.

b) Manifestação da Frente Nacional de Prefeitos (FNP), na condição de *amicus curiae* (peça 114)

138. Segundo a FNP, sua manifestação se justifica diante da necessidade de salvaguardar o interesse da coletividade tutelado pelos municípios. O expediente aborda os seguintes pontos:

a) alteração da ordem das fases de avaliação previstas no edital sem prévia divulgação aos participantes (peça 114, p. 3-11);

b) divulgação de nota técnica pelo MEC que teria introduzido regras novas no processo, em desrespeito ao conteúdo do edital (peça 114, p. 11-19);

c) inconstitucionalidade do Edital 6/2014 (peça 114, p. 19-27);

d) investimentos pelos municípios selecionados (peça 114, p. 27-34).

139. Sobre o item 'a', argumenta que a alteração não produziu nenhum impacto na integridade do certame, sem benefício ou prejuízo a qualquer dos concorrentes.

140. Em relação à Nota Técnica 1.103/2015-Seres/MEC (item 'b'), afirma que o documento não apresenta inovação quanto ao edital, pois já constavam todos os critérios para a análise das fases do certame. A nota técnica apenas teve função explicativa.

141. Em relação à inconstitucionalidade do edital (item 'c'), a FNP alega inicialmente que o STF já decidiu pela inadequação da Súmula 347, editada ainda na vigência da Constituição de 1946, que prevê a competência para o exercício do controle de constitucionalidade pelo TCU. Ademais, uma atuação do TCU nesse sentido transbordará sua função constitucional, visando alterar política pública (decisão do MEC de direcionar os cursos de Medicina para locais considerados mais apropriados), extrapolando a mera verificação da adequação dos processos públicos previstos na lei.

142. Para a FNP, a atividade de ensino levada a efeito pela iniciativa privada configura-se como atividade econômica, mas deve-se observar o interesse público. Não há liberdade privada absoluta de se criar curso de Medicina, ao arrepio das normas para sua autorização editadas pelo Poder Público. Já havia uma série de normativos que refletiam o controle estatal da educação superior.

143. Acrescenta que, se a saúde é um dever do Estado, a ele compete desenvolver políticas públicas que possam orientar não apenas a atuação estatal, mas interferir no ensino da prática médica no Brasil, tal qual o entendimento adotado pelo relator da Comissão Mista sobre a MP 621/2013, que ensejou a Lei 12.871/2013 (Programa Mais Médicos).

144. Sobre as contrapartidas das instituições, alega que a própria lei prevê que ao edital cabe trazer as condições a serem examinadas. Sustenta que parece lógico que as instituições colaborem, em alguma medida, com a saúde pública.

145. O processo de autorização dos cursos traduz uma opção política que foi objeto de

discussões, com trâmite legislativo regular e que oferece um novo olhar para a criação dos cursos de Medicina.

146. A FNP ainda aborda os investimentos realizados pelos municípios selecionados a partir da Lei 12.871/2013 (item 'd'), que exigia a demonstração de aptidão e compromisso em termos de estrutura presente e futura necessárias para o funcionamento dos cursos.

147. Argumenta que os municípios selecionados empreenderam uma série de ações, com importantes impactos financeiros, em razão das regras contidas no Edital 3/2013 (para seleção dos municípios) que impunham a adequação da infraestrutura local de equipamentos necessários, conforme se extrai do item 3.3 daquele edital:

‘3.3 Na segunda etapa desta pré-seleção, serão analisados a estrutura de equipamentos públicos e os programas de saúde existentes no município, segundo dados do Ministério da Saúde. O município deverá atender, obrigatoriamente, aos seguintes critérios:

- a) número de leitos disponíveis SUS por aluno maior ou igual a 5 (cinco), ou seja, para um curso com 50 vagas, o município deverá possuir, no mínimo, 250 leitos disponíveis SUS.
- b) número de alunos por equipe de atenção básica menor ou igual a 3 (três), considerando o mínimo de 17 (dezesete) equipes;
- c) existência de leitos de urgência e emergência ou Pronto Socorro;
- d) existência de, pelo menos 3 (três), Programas de Residência Médica nas especialidades prioritárias: (1) Clínica Médica; (2) Cirurgia; (3) Ginecologia-Obstetrícia; (4) Pediatria e (5) Medicina de Família e Comunidade;
- e) adesão pelo município ao Programa Nacional de Melhoria do Acesso e da Qualidade na Atenção Básica - PMAQ, do Ministério da Saúde;
- f) existência de Centro de Atenção Psicossocial - CAPS;
- g) hospital de ensino ou unidade hospitalar com potencial para hospital de ensino, conforme legislação de regência; e
- h) existência de hospital com mais de 100 (cem) leitos exclusivos para o curso’

148. Cita, com isso, alguns municípios que tiveram gastos expressivos (peças 114-132) e que tenta-se, para o presente processo, evitar que se intensifique o prejuízo que já lhes assola com o atraso na instalação dos cursos. Os investimentos, a depender de cada município citado, referem-se a construção ou reformas e equipamentos de centros básicos de saúde, de unidade de pronto atendimento (UPA) e de hospital

149. Conclui sobre a necessidade de os tribunais de contas se aproximarem do jurisdicionado, desenvolvendo ações que permitam ou contribuam para o acerto das decisões administrativas. Deve-se homenagear com maior vigor a atuação colaborativa em detrimento da atitude repressiva.

b.1) Análise

150. A alteração da ordem das fases de avaliação previstas no edital, promovida pela Seres/MEC, foi examinada por esta unidade técnica na instrução de peça 12, que não verificou irregularidade no ato praticado por aquela secretaria ministerial. Os argumentos apresentados pela FNP, portanto, não se mostram contrários ao posicionamento desta unidade.

151. A questão acerca da Nota Técnica 1.103/2015-Seres/MEC também já foi examinada,

conforme instruções de peças 12, 43-44. Não se observa a colocação, por parte da FNP, de elementos diferentes daqueles já discutidos nestes autos, não sendo suficiente para alterar o posicionamento anterior, pela irregularidade grave dos atos praticados, em afronta aos princípios do julgamento objetivo, da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, previstos nos arts. 3º e 45 da Lei 8.666/93.

152. Também no que se refere à questão sobre a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 12.871/2013, todos os pontos levantados pela FNP foram tratados no item a.2 desta instrução, sem capacidade de influir na modificação do entendimento.

153. A proposta desta instrução é no sentido de firmar entendimento pela inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 12.871/2013, com efeitos *ex nunc*, sem implicar, portanto, consequência aos municípios selecionados.

154. Ademais, entende-se que a exigência do item 3.3 do Edital 3/2013 refere-se a pré-condições a que o município interessado já deveria atender no momento do instrumento convocatório. Não se observa a exigência de ampliação ou expansão do sistema de saúde da localidade, mas de projeto de melhoria da estrutura existente. O acréscimo se verifica na implantação de programas de residência médica, se for o caso (peça 124).

c) Expediente da União de Educação e Cultura - Unece (peça 83)

155. A Unece juntou aos autos expediente contra possíveis irregularidades no Contrato 31/2015, firmado com a Fundação Getúlio Vargas (FGV), a partir da qual se estabeleceu os critérios de julgamento da etapa de habilitação do Edital 6/2014, publicados pela Seres/MEC mediante a Nota Técnica 1.103/2015-Seres/MEC, de 10/7/2015 (peça 83).

156. A Unece alega que a contratação da FGV Projetos, por intermédio do Contrato 31/2015 (peça 83, p. 10-17), se deu em 22/4/2015, ou seja, cerca de quatro meses após a publicação do Edital 6/2014, e seu produto entregue em junho de 2015 (peça 83, p. 63), conforme resposta prestada pelo MEC ao Requerimento 893/2015, da Câmara dos Deputados (peça 83, p. 68-72), por meio da Nota Técnica 1.358/2015-CGCP/DIREG/SERES/MEC (peça 83, p. 59-65).

157. Questiona, ainda, a própria metodologia, a qual nem seria original, tratando de uma reprodução literal de método criado e implantado por *Standard and Poor's Ratings Services* (S&P). A própria FGV Projetos menciona o seguinte, em documento sobre o trabalho realizado na Companhia Estadual de Águas e Esgoto do Rio de Janeiro – Cedae (Nova Cedae, FGV Projetos, 2014):

‘De forma simplificada, a saúde financeira de uma empresa diz respeito à sua capacidade de gerar e de captar os recursos necessários para a realização de investimentos de forma sustentável em longo prazo. O padrão de geração de fluxo de caixa em relação às obrigações geradas pelo endividamento é frequentemente utilizado como o melhor indicador da saúde financeira de uma empresa. Esse padrão pode ser avaliado por meio de indicadores direcionados aos diferentes níveis da cadeia de pagamentos do fluxo de caixa da empresa. A Standard & Poor's Ratings Services (S&P), por exemplo, utiliza seis índices para analisar o risco financeiro de uma empresa. Esses índices são classificados em dois grupos: índices principais e índices suplementares.

Os índices principais são:

- i. Fundos Gerados pela Operação (FGO) sobre Dívida; e
- ii. Dívida sobre Lucro antes de Juros, Impostos, Depreciação e Amortização (EBITDA).

Os índices suplementares são:

- iii. Juros sobre Fundos Gerados pela Operação (FGO);
- iv. Lucro antes de Juros, Impostos, Depreciação e Amortização (EBITDA) sobre Juros;
- v. Fluxo de Caixa das Operações (FCO) sobre Dívida; e
- vi. Fluxo de Caixa Livre (FCL) sobre Dívida.

158. Segundo a Unece, os índices são precisamente os mesmos daqueles estabelecidos pelo Edital 6/2014. Além disso, esses índices são aplicáveis, exclusivamente, para corporações cotadas em bolsa de valores, ou seja, para os grandes grupos econômicos que atuam na educação brasileira, com cotação na Bolsa de Valores de São Paulo.

159. Para a Unece, tal metodologia não tem aderência à realidade da educação brasileira, que na sua grande maioria é constituído por pequenas e médias instituições de educação superior, com número de alunos inferior a três mil nos cursos de graduação presencial (67% do total de IES privadas).

160. Menciona que esses índices do edital são calculados a partir de diferentes conceitos de geração de fluxo de caixa e de diferentes rubricas contábeis associadas ao endividamento. E a definição das faixas de valores que indicariam uma boa saúde financeira depende de vários fatores que devem ser considerados por quem está analisando a empresa. A S&P, por exemplo, avalia o ambiente econômico do país onde a empresa está instalada e o mercado no qual essa atua para definir faixas de valores em que o risco financeiro seria baixo, intermediário ou elevado.

161. Acrescenta que a Lei 10.861/2004 (Sinaes) e a Lei 9.394/1996 (LDB) já estabelecem que a entidade mantenedora deve demonstrar, respectivamente, sustentabilidade financeira e capacidade de autofinanciamento.

162. Segundo a Unece, para os grandes grupos econômicos, que atuam na educação brasileira, a análise prevista na legislação vigente (Sinaes e LDB), deveria ter sido complementada com a avaliação pelo ISE (Índice de Sustentabilidade Empresarial), que é uma ferramenta para análise comparativa da performance das empresas listadas na BM&F Bovespa sob o aspecto da sustentabilidade corporativa, baseada em eficiência econômica, equilíbrio ambiental, justiça social e governança corporativa.

c.1) Análise

163. A questão refere-se à Nota Técnica 1.103/2015-Seres/MEC, editada pela Seres/MEC na mesma data da divulgação do resultado preliminar do Edital 6/2014, em 10/7/2015. Esse documento definiu os critérios de aprovação dos índices previstos no instrumento convocatório. Segundo consta da própria nota técnica, a avaliação da capacidade econômico-financeira foi elaborada “a partir de metodologia original desenvolvida especificamente para este Edital pela Fundação Getúlio Vargas”.

164. A matéria foi analisada por esta unidade técnica conforme instruções de peças 12, 43-44, com o entendimento de que o ato consistiu em irregularidade grave, em afronta aos princípios do julgamento objetivo, da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, previstos nos arts. 3º e 45 da Lei 8.666/93.

165. Embora tenha havido concordância quanto à irregularidade do ato, na ocasião houve divergência entre o auditor-instrutor e o secretário substituto no encaminhamento da proposta, especificamente em relação à anulação do Edital 6/2014 (peças 43-44).

166. A documentação juntada aos autos reforça a irregularidade praticada, demonstrando

que a definição dos critérios de aprovação para a etapa de habilitação (análise da capacidade econômico-financeira) se deu após a abertura do Edital 6/2014, com a publicação apenas no momento da divulgação do resultado preliminar.

167. A entrega das propostas por parte das mantenedoras foi encerrada em 6/2/2015 e o resultado da etapa de análise da experiência regulatória ocorreu em 8/4/2015. Ou seja, o Contrato 31/2015, celebrado em 22/4/2015 com a FGV Projetos (peça 83, p. 10-17), foi firmado após o fornecimento da documentação e o resultado da primeira fase do certame. A contratação teve por finalidade o desenvolvimento de metodologia de avaliação da análise da capacidade econômico-financeira, cujo resultado foi em 10/7/2015.

168. Entende-se que tais documentos reforçam o pronunciamento desta unidade técnica pela irregularidade praticada, sem modificar, porém, o encaminhamento proposto, com base na análise contida nos itens 128-137 desta instrução.

169. Quanto à adequação dos índices previstos para avaliar a capacidade econômico-financeira das mantenedoras, previstos no Anexo I do Edital 6/2014, o material indicado no expediente da representante – posteriormente pesquisado e juntado aos autos (peças 127 e https://www.standardandpoors.com/ja_JP/delegat/getPDF?articleId=1494794&type=COMMENTS&subType=CRITERIA) –, mostra que esses índices são utilizados pela *Standard and Poor's Ratings Services* (S&P).

170. Mesmo considerando não ser pertinente proceder, neste momento, a exame sobre a adequação dos índices, pela urgência da matéria e principalmente em razão do encaminhamento adiante proposto, nota-se que toda metodologia de avaliação dos índices deveria estar previamente exposta no instrumento convocatório, de modo a oferecer discussão, interna e externamente, e garantir, assim, a sua legitimidade.

171. Diferente do que procura afirmar a representante, os índices já estavam previstos no edital, em seu Anexo I. A FGV Projetos foi contratada para definir os critérios de sua avaliação. Por outro lado, mesmo que esses critérios estivessem, desde o início, estabelecidos no edital, a própria Seres/MEC, ao justificar a contratação da FGV Projetos, menciona que possui limitação no corpo técnico, por não dispor “de servidores especialistas nas áreas econômica, financeira ou contábil, a tarefa de desenvolver uma metodologia de análise contábil, econômica e financeira” (peça 83, p. 21).

172. Entende-se que a previsão, no edital, de índices utilizados por agência de pesquisa e classificação de risco, em uma área específica, não condiz com a deficiência daquela secretaria do MEC em servidores especialistas, o que põe em dúvida a adequação do uso de tais índices.

173. O procedimento do Edital 6/2014 previa a fase de recursos apenas de 13/7/2015 a 22/7/2015 (prorrogada para 24/7/2015 a 5/8/2015. Mesmo sendo diligenciada para encaminhar os recursos interpostos (peça 4 do TC 014.879/2015-8), a Seres/MEC somente informou, em 26/8/2015 (peça 6 do TC 014.879/2015-8), que havia recebido 114 recursos até aquele momento, sem enviar a documentação. Assim, não há conhecimento sobre a existência de questionamento, via recursos, dos participantes do certame acerca desse assunto.

174. Esses novos levantamentos feitos pela representante também fortalece o entendimento anterior exposto na instrução de peça 43, no sentido de que toda a metodologia utilizada para avaliar a capacidade econômico-financeira das mantenedoras (estudo da FGV Projeto), inclusive os índices, precisa estar em consonância com o interesse público, sob o risco de restringir indevidamente a competição. Para isso, tal metodologia, tida como original e produzida por instituição privada, deveria ser de conhecimento prévio, constante do processo administrativo, para oferecer, como já

mencionado, discussão, interna e externamente, de modo a garantir, assim, a sua legitimidade.

175. Dessa forma, os documentos apresentados pela representante reforçam o entendimento desta unidade técnica pela irregularidade dos atos praticados, contudo, entende-se que não modificam o encaminhamento proposto.

d) Outros pontos constantes do TC 000.113/2016-6

176. Os autos do TC 000.113/2016-6 ainda constam outras questões levantadas pela representante. Tais pontos já foram analisados pela SecexEducação (peça 12 do TC 000.113/2016-6), os quais serão descritos de forma resumida a seguir.

d.1) Ilegalidades no Edital 6/2014 (peça 1, p. 32-38; peça 12, do TC 000.113/2016-6)

177. A representante alega em sua representação o seguinte:

a) que não há menção expressa nas normas – nem mesmo na Lei do Mais Médicos – a respeito da experiência do mantenedor com a atividade de ensino, com cursos de Medicina ou cursos da área de saúde como critério para regular a expedição de autorizações (itens 5.1.1.2 e 5.3 do Edital 6/2014);

b) a divulgação do padrão decisório (Nota Técnica 1.103/2015-Seres/MEC), adotado para a análise das propostas, apenas às vésperas da divulgação do resultado preliminar, violação ao princípio da publicidade; e

c) apesar de os critérios de avaliação da experiência regulatória e das propostas estarem divididos por itens e subitens, o resultado preliminar divulgou apenas as notas para os quesitos do item 5.3 de forma agregada, sem a necessária individualização, fato que não permitiria às mantenedoras verificar a correção dos cálculos realizados pela Seres/MEC.

178. A resposta da Seres/MEC sobre essas alegações consta da peça 10 do TC 000.113/2016-6 (p. 11-26).

179. Em relação à Nota Técnica 1.103/2015, a questão já foi analisada conclusivamente por esta SecexEducação, conforme peças 43-44, com complementação consoante os itens 158-170 desta instrução.

180. Quanto à alegação de que os critérios de avaliação estabelecidos nos itens 5.1.1.2 e 5.3 do Edital 6/2014, relacionados à experiência regulatória, não teriam previsão normativa como exigência para a expedição de autorizações, entende-se que os quesitos previstos naqueles itens do edital já compõem as etapas do processo de avaliação das instituições de educação superior e dos cursos de graduação realizadas pelo Inep, com base no Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Sinaes).

181. Uma das condições para a atividade de ensino, conforme o art. 209, II, da CF/88, é a autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. No âmbito federal, foi instituído o Sinaes, com o objetivo de assegurar processo nacional de avaliação das instituições de educação superior, dos cursos de graduação e do desempenho acadêmico de seus estudantes (Lei 10.861/2004).

182. Os quesitos listados nos itens 5.1.1.2 e 5.3 do Edital 6/2014 fazem parte dos critérios avaliativos utilizados pelo Sinaes, conforme se depreende do Decreto 5.773/2006 – que dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação – e da Portaria Normativa MEC 40/2007 – que instituiu o e-MEC. Dessa forma, não se observa ilegalidade nesse aspecto nas disposições do edital.

183. Já em relação à divulgação das notas de avaliação da experiência regulatória e das

propostas, no sítio eletrônico do MEC, ter sido feita de forma agregada, sem a necessária individualização, a Seres/MEC afirma que divulgou a todas as participantes do certame, no âmbito do sistema Simec, a classificação por subitens de todas as entidades (classificadas ou não), em cumprimento à primeira decisão liminar proferida pela 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (MS 1004816-03.2015-4.01.3400).

184. Com base nessa informação, observa-se que o conhecimento, por parte das participantes, das notas por subitens de todas as outras entidades, além das justificativas da classificação ou desclassificação, afasta quaisquer prejuízos causados por eventual falta de transparência. Mesmo que esse conhecimento das notas por subitens tenha se dado por meio do Simec, sem ampla divulgação, nota-se a observância ao princípio da publicidade.

d.2) falhas de regulação na modelagem jurídica do Edital 6/2014 (peça 1, p. 38-54; peça 12, do TC 000.113/2016-6)

185. A representante alega que a modelagem jurídica do Edital 6/2014 revela falhas de regulação, o que ocasiona o não atendimento ao princípio da economicidade, citando as seguintes situações:

a) as instituições mais bem preparadas em termos acadêmicos não necessariamente serão escolhidas para ministrar os cursos, pois é possível que aquelas que oferecerem maiores contribuições ao Sistema Único de Saúde (SUS) sejam privilegiadas, tendo em vista que um dos critérios para se avaliar a proposta de uma mantenedora é o plano de contrapartida à estrutura de serviços, ações e programas de saúde do SUS;

b) as cidades incluídas no edital já contêm quantidade razoável de médicos, enquanto diversas outras em pior estado foram deixadas de lado, o que esvaziaria os objetivos iniciais da política pública.

186. A resposta da Seres/MEC sobre essas alegações consta da peça 10 do TC 000.113/2016-6 (p. 26-27).

187. Não se observa ilegalidade nas alegações apontadas, uma vez que o edital foi organizado com base em normativos vigentes, marcados por aparente constitucionalidade, e a economicidade da política adotada foi uma opção legislativa, a quem de fato compete decidir, discricionariamente, acerca do desenho legal das políticas públicas.

CONCLUSÃO

188. No presente processo (TC 022.106/2015-4), bem como em seus apensos (TC 014.879/2015-8 e TC 000.113/2016-6), discute-se a existência de possíveis irregularidades no âmbito do Edital 6/2014-Seres/MEC, com vista à abertura de cursos de Medicina, em aplicação ao art. 3º da Lei 12.871/2013.

189. Em pronunciamentos anteriores, esta Unidade Técnica verificou as seguintes irregularidades:

a) alteração do item 6.6.3.1.2 do Edital 6/2014, modificando prazo previsto originalmente para a apresentação de documentação de habilitação (demonstrativo auditado) sem a edição de ato administrativo, em inobservância aos princípios da legalidade, da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório (peça 22 do TC 014.879/2015-8);

b) definição de critérios de aprovação para a etapa de habilitação (capacidade econômico-financeira) não previstos no instrumento convocatório, mediante edição da Nota Técnica 1.103/2015-Seres/MEC, publicada somente após o resultado preliminar do certame, em afronta aos princípios do julgamento objetivo, da isonomia e da vinculação ao

instrumento convocatório, previstos nos arts. 3º e 45 da Lei 8.666/93 (peças 43-44).

190. Em relação à irregularidade deste último item, houve divergência, na ocasião, entre o auditor-instrutor e o secretário substituto no que se refere ao encaminhamento da proposta. No parecer de peça 43, o auditor concluiu que havia elementos para a anulação do Edital 6/2014, enquanto o secretário substituto expôs suas razões para o não desfazimento do certame (peça 44).

191. Em relação à matéria do TC 000.113/2016-6, trazida para este processo e objeto da presente análise, verifica-se, com base nos elementos constantes dos autos, que o impedimento de exercício do direito de ofertar serviço de educação superior em Medicina fora dos parâmetros do art. 3º da Lei 12.871/2013 denota inconstitucionalidade material daquele dispositivo legal, cuja aplicação se deu no caso concreto do Edital 6/2014, em afronta ao fundamento constitucional da livre iniciativa, consagrado pelo art. 1º, IV, 170, *caput*, e 209 da CF/88, e, por conseguinte, afronta ao princípio da livre concorrência, estabelecidos no art. 170, IV, da CF/88.

192. Entende-se que a supressão de um fundamento constitucional, revelada com o novo procedimento de abertura de cursos de Medicina, nos termos do art. 3º da Lei 12.871/2013, não pode ser condicionada ao atingimento de uma regra programática de política pública (distribuição e diminuição da escassez de médicos no interior do país), cuja efetividade requer avaliação do gestor público fora da esfera jurídico-formal, sob risco à supremacia da Constituição.

193. Como também não se mostra razoável a referida supressão com a finalidade de se buscar um bem social, a exemplo da redução das desigualdades regionais e sociais, quando existem mecanismos para promover o incentivo aos agentes econômicos do setor privado, em consonância com o papel regulador estatal previsto no art. 174 da CF/88.

194. Verificou-se, ainda, a inconstitucionalidade, formal e material, do próprio Edital 6/2014 e da Portaria Normativa-MEC 16/2014, ao regulamentar por atos infralegais matéria reservada à lei em sentido estrito, bem como ao trazer inovação no ordenamento jurídico na relação público-privado na prestação de serviços públicos, em afronta ao art. 175, *caput* e parágrafo único, da CF/88.

195. Quanto ao alcance de eventual decisão deste Tribunal acerca da inconstitucionalidade, pelas razões expostas nos itens 128-137 desta instrução, entende-se que as circunstâncias existentes são relevantes para conferir eficácia *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade, de modo a garantir a segurança jurídica e evitar impactos imediatos negativos à Administração Pública. Essas considerações atingem inclusive a avaliação sobre a anulabilidade do Edital 6/2014, a partir da qual não mais requereria o seu refazimento, mas levaria a efeito o desfazimento em definitivo de todas ações praticadas. Por essa razão, a fim de garantir os efeitos prospectivos da decisão, entende-se não ser pertinente, excepcionalmente, a anulação do Edital 6/2014, em modificação à proposta contida na instrução de peça 43.

196. Por outro lado, entende-se que os efeitos da decisão deve recair sobre o Edital 1/2015, publicado em abril de 2015 para a seleção de outros municípios, impondo-se a sua anulação, uma vez que o novo procedimento para a abertura de cursos de Medicina encontra-se em sua fase inicial, na etapa de seleção de municípios, ainda não encerrado.

197. Nesse sentido, afasta-se a aplicação do art. 3º da Lei 12.871/2013, considerando irregulares quaisquer atos doravante praticados pelo MEC com base no referido dispositivo, sobre os quais poderão implicar responsabilização pessoal dos agentes que lhes derem causa.

198. Os encaminhamentos propostos nos demais pronunciamentos desta Secretaria (peças 43-44 e peça 22 do TC 014.879/2015-8) serão reunidos nesta instrução.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

199. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

I) revogar a medida cautelar concedida por meio do despacho da Exma. Ministra Ana Arraes de 9/5/2015, permitindo, excepcionalmente, a continuidade dos procedimentos decorrentes do Edital 6/2014- Seres/MEC, de modo a garantir a segurança jurídica e evitar impactos imediatos negativos à administração pública, em decorrência de eventual desfazimento em definitivo de todas ações praticadas pelos atores públicos envolvidos, em que pese a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 12.871/2013, em afronta aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, consagrados pelos arts. 1º, IV, 170, *caput* e IV, 209 da CF/88;

II) determinar ao Ministério da Educação, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, c/c art. 45, *caput*, da Lei 8.443/1992, que adote as providências necessárias para anular o Edital 1/2015-Seres/MEC, aplicado com fundamento no art. 3º da Lei 12.871/2013, por inconstitucionalidade deste dispositivo legal, em afronta aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, consagrados pelos arts. 1º, IV, 170, *caput* e IV, 209 da CF/88;

III) dar ciência à Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação (Seres/MEC) de que os atos doravante praticados com base no art. 3º da Lei 12.871/2013 serão considerados irregulares por esta Corte, sobre os quais poderão implicar responsabilização pessoal dos agentes que lhes derem causa;

IV) dar ciência à Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação (Seres/MEC) sobre as seguintes irregularidades identificadas no âmbito do Edital 6/2014, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outras semelhantes:

‘a) alteração indevida de termos do Edital 6/2014-Seres/MEC (item 6.6.3.1.2), modificando prazo previsto originalmente para a apresentação de documentação de habilitação, sem a devida edição de ato administrativo, em afronta aos princípios da legalidade, da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório;

b) ausência em edital elaborado com base no art. 3º da Lei 12.871/2013 de todos os critérios de aprovação e julgamento de documentos e propostas a serem apresentados, em afronta aos arts. 3º e 45 da Lei 8.666/93;

c) ausência de justificativas, no processo administrativo referente a edital elaborado com base no art. 3º da Lei 12.871/2013, para a adoção de metodologia original em relação a índices de plano de negócios e da capacidade econômico-financeira dos participantes, em afronta ao art. 31, § 5º, da Lei 8.666/93;

d) inconstitucionalidade do Edital 6/2014-Seres/MEC – em relação ao contido em seu Anexo III, item 5.1 – e da Portaria Normativa-MEC 16/2014, por trazer inovação no ordenamento jurídico na relação público-privado na prestação de serviços públicos, em afronta ao art. 175, *caput* e parágrafo único, da CF/88;’

V) dar ciência da decisão que vier a ser adotada à Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação (Seres/MEC) e às empresas representantes União de Educação e Cultura (Unece), Sociedade Padrão de Educação Superior Ltda. e Associação Brasileira dos Estudantes de Educação à Distância (Abeed), bem como à Frente Nacional de Prefeitos (FNP) e à Associação Brasileira das

Universidades Comunitárias (Abruc);

VI) dar ciência à SecexSaúde do acórdão que vier a ser proferido nestes autos, bem como do relatório e voto que o fundamentarem; e

VII) determinar o arquivamento destes autos, nos termos do art. 169, inciso V, do Regimento Interno/TCU.”

2. O diretor manifestou-se nos seguintes termos, acolhidos pelo titular da unidade (peças 129 e 130):

“1. As representações versam sobre possíveis irregularidades ocorridas no âmbito do Edital 6/2014, sob responsabilidade da Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação (Seres/MEC), que tem por objeto o recebimento das propostas e seleção das mantenedoras de IES com vistas a instaurar cursos de Medicina em 39 municípios de 11 estados, com a criação de 2.460 vagas.

2. De início, reforço argumentos consignados no pronunciamento da unidade consignado à peça 44 do TC 022.106/2015-4, que tratou de questão importante destes autos: edição da Nota Técnica 1.103/2015-Seres/MEC que definiu os critérios de aprovação dos índices previstos no instrumento convocatório, publicada somente após o resultado preliminar do certame

3. Conforme assinalado no parecer, essa irregularidade não gera, por si só, fundada suspeição quanto à lisura do procedimento licitatório e não foi comprovado nos autos existência de efetivo prejuízo ao interesse público decorrente da ausência de delimitação clara dos critérios de habilitação no Edital 6/2014. Além disso, a anulação do certame sem que o TCU tenha formado convicção acerca da regularidade e legitimidade dos critérios da Nota Técnica 1.103/2015 não traria efeitos práticos, na medida em que, muito provavelmente, não alteraria o resultado final da análise efetuada pela Seres/MEC realizada a partir das demonstrações financeiras referentes a exercícios já concluídos.

4. Realizada esta remissão, assinalo a seguir análises que amparam a minha divergência apenas em parte da proposta de encaminhamento elaborada pelo auditor-instrutor:

a) divirjo do posicionamento de inconstitucionalidade do modelo de contrapartida praticado no âmbito do Edital 6/2014, direcionado à estrutura de serviços, ações e programas de saúde do SUS, que afrontaria o art. 175 da CF/88 (itens 108-116). Entendo que a contrapartida na forma prevista no Edital não se constitui fonte de financiamento do SUS (art. 198, §1º, da CF/88) e concessão de serviço público (art. 175 da CF/88). Configura relação de cooperação entre o município, o SUS e a IES, na qual a mantenedora ressarcie a utilização da estrutura, ações e programas da rede local do SUS (inclusive de hospital escola) e a população local se beneficia com a melhoria no sistema;

b) conforme minuciosa análise empreendida, posiciono-me pela inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 12.871/2013 na forma a aplicada no Edital 6/2014, em face da ofensa ao fundamento constitucional da livre iniciativa, consagrado pelo art. 1º, IV, 170, *caput*, e 209 da CF/88, e, por conseguinte, afronta ao princípio da livre concorrência, estabelecidos no art. 170, IV, da CF/88;

c) registro, contudo, como fundamental para a decisão do Tribunal, que o problema principal a ser discutido neste processo é a regularidade de ser a via do chamamento público (instituída no âmbito de política de governo de caráter temporário – “Programa Mais Médicos” – com a finalidade específica de formar recursos humanos na área médica para o Sistema Único de Saúde - SUS) a única possível para a obtenção de autorização de funcionamento de cursos de graduação em Medicina (conforme a interpretação combinada

dos art. 3º, *caput*, e §4º da Lei 12.871/2013). Essa interpretação é reforçada pela afirmação da Seres/MEC de que “*a expansão de cursos de Medicina é política de caráter temporário, e que a Seres passará a acolher novos pedidos de autorização de curso de Medicina em outras localidades após o atendimento da meta*” (assinalada no item 24 da instrução);

c) entendendo não haver impedimento para que o processo de chamamento público seja uma das alternativas para a seleção de municípios onde os cursos de graduação em Medicina serão implantados e também das entidades mantenedoras que os ofertarão. Registro que esse procedimento: é de livre adesão, permitindo ao particular, sob o exame da viabilidade econômico-financeira que é própria de investimentos privados, decidir participar ou não; permite selecionar, de forma transparente, a melhor proposta dentre eventuais propostas concorrentes e cumpre a finalidade de o Poder Público sinalizar áreas nas quais o atendimento é mais premente do ponto de necessidades sociais;

d) assim, ao meu ver, devem, em equilíbrio entre o princípio constitucional da livre iniciativa e a possibilidade de o Poder Público induzir a atuação do particular em áreas de interesse social, coexistir a concessão de autorização por meio do chamamento público e a obtenção da autorização nos mesmos moldes do que que vinha sendo praticado anteriormente à edição da Lei 12.871/2013;

e) sobre o papel indutor do Estado, o Poder público em futuros editais poderá aperfeiçoar a política, por exemplo, incluindo mecanismos de fomento que estimulem a iniciativa privada a participar, sem transferir aos particulares de forma cogente o ônus de concretizar princípios-fins de responsabilidade do Estado, dentre eles a redução das desigualdades regionais e sociais (conforme posicionamento colocado no item 99 da instrução);

f) nesse sentido, à luz dos entendimentos esposados, admite-se a validade dos Editais 6/2014 e 1/2015, desde que a autorização para o funcionamento do curso não ocorra apenas pelo chamamento público previsto no art. 3º da Lei 12.871/2013;

g) como encaminhamento da questão pelo Tribunal, propõe-se o seguinte encaminhamento à consideração superior:

g.1) que o Tribunal firme o entendimento de que o processo de chamamento público, na forma prevista na Lei 12.871/2013, não pode ser a única forma possível de obtenção de autorização para o funcionamento de curso de graduação em Medicina, ante a afronta aos fundamentos constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, consagrados nos artigos 1º, IV, 170, *caput* e IV, e 209 da Constituição Federal de 1988; e, por consequência, qualquer interpretação ao art. 3º da Lei 12.871/2013 que assegure, no caso concreto, exclusividade ao processo de chamamento para obtenção de autorização para o funcionamento de curso de graduação em Medicina será considerada inconstitucional por esta Corte;

5. Em conclusão, submeto os autos à consideração superior, propondo, alternativamente à proposta de encaminhamento de peça 128, a adoção das seguintes medidas pelo Tribunal:

I) revogar a medida cautelar concedida por meio do despacho da Senhora Ministra Ana Arraes de 9/5/2015, permitindo a continuidade dos procedimentos decorrentes do Edital Seres/MEC 6/2014;

II) firmar o entendimento de que o processo de chamamento público, na forma prevista na Lei 12.871/2013, não pode ser a única forma possível de obtenção de autorização para o funcionamento de curso de graduação em Medicina, ante a afronta aos fundamentos constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, consagrados nos

artigos 1º, IV, 170, caput e IV, e 209 da Constituição Federal de 1988; e, por consequência, qualquer interpretação ao art. 3º da Lei 12.871/2013 que assegure, no caso concreto, exclusividade ao processo de chamamento para obtenção de autorização para o funcionamento de curso de graduação em Medicina será considerada inconstitucional por esta Corte;

III) dar ciência à Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação (Seres/MEC) sobre as seguintes irregularidades identificadas no âmbito do Edital 6/2014, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outras semelhantes:

a) alteração indevida de termos do Edital 6/2014-Seres/MEC (item 6.6.3.1.2), modificando prazo previsto originalmente para a apresentação de documentação de habilitação, sem a devida edição de ato administrativo, em afronta aos princípios da legalidade, da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório;

b) ausência em edital elaborado com base no art. 3º da Lei 12.871/2013 de todos os critérios de aprovação e julgamento de documentos e propostas a serem apresentados, em afronta aos arts. 3º e 45 da Lei 8.666/93;

c) ausência de justificativas, no processo administrativo referente a edital elaborado com base no art. 3º da Lei 12.871/2013, para a adoção de metodologia original em relação a índices de plano de negócios e da capacidade econômico-financeira dos participantes, em afronta ao art. 31, § 5º, da Lei 8.666/93;

IV) dar ciência da decisão que vier a ser adotada à Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação (Seres/MEC) e às empresas representantes União de Educação e Cultura (Unece), Sociedade Padrão de Educação Superior Ltda. e Associação Brasileira dos Estudantes de Educação à Distância (Abeed), bem como à Frente Nacional de Prefeitos (FNP) e à Associação Brasileira das Universidades Comunitárias (Abruc);

V) dar ciência à SecexSaúde do acórdão que vier a ser proferido nestes autos, bem como do relatório e voto que o fundamentarem; e

VI) determinar o arquivamento destes autos, nos termos do art. 169, inciso V, do Regimento Interno/TCU.”

É o relatório.

VOTO

Tratam os autos de representações acerca de possíveis irregularidades no procedimento disciplinado pelo Edital 6/2014 da Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação (Seres/MEC), que realizou chamamento público para recebimento de propostas e seleção de mantenedoras de Instituições de Educação Superior (IES), com vistas à instauração de cursos de Medicina nos municípios especificados naquele instrumento convocatório.

2. Segundo noticiado, as irregularidades seriam relacionadas à inversão das fases do certame inicialmente previstas no edital e à utilização de critérios de habilitação não previstos no instrumento convocatório.

Da sistemática de autorização para funcionamento de cursos de Medicina introduzida pela Lei 12.871/2013

3. Para melhor compreensão do problema discutido nestes autos, faço uma breve descrição da sistemática de autorização para funcionamento dos cursos de Medicina.

4. As funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação eram exercidas, até o ano de 2013, pelo Ministério da Educação e do Desporto, pelo Conselho Nacional de Educação – CNE, pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP, e pela Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior – CONAES, na forma da Lei 10.861/2004, do Decreto 5.773/2006 e da Portaria Normativa MEC 40/2007, nos termos da republicação ocorrida em 29/12/2010.

5. Os pedidos de autorização eram instruídos com elementos específicos de avaliação, que subsidiavam a decisão administrativa em relação à: (i) relevância social; (ii) integração do curso com a gestão local e regional do Sistema Único de Saúde – SUS; (iii) comprovação da disponibilidade de hospital de ensino, com atendimentos pelo SUS; (iv) existência de um núcleo docente estruturante e qualificação técnica de seus integrantes. Para cada processo era designada uma comissão de avaliação, que poderia realizar visitas *in loco* com o intuito de verificar as instalações da mantenedora. Era solicitada, ainda, manifestação do Conselho Nacional de Saúde. Com base em tais elementos, a Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação emitia parecer conclusivo, que, se favorável e posteriormente homologado pelo Ministro da Educação, autorizava o funcionamento do curso.

6. Tal sistemática foi significativamente alterada com o advento da Lei 12.871/2013. Foi estabelecido novo rito, composto, no essencial, das seguintes etapas: (i) chamamento público para “pré-seleção” dos municípios em que será autorizado o funcionamento de cursos de medicina; (ii) divulgação dos municípios selecionados, após

avaliação *in loco* dos municípios pré-selecionados; (iii) chamamento público para seleção de IES privadas para autorização de funcionamento de curso de medicina nos municípios pré-selecionados (apenas uma proposta vencedora por município).

7. A partir do novo marco regulatório, houve, portanto, em relação aos cursos de Medicina, inversão dos procedimentos até então adotados e ainda vigentes para os demais cursos superiores: a iniciativa de abertura de um curso de Medicina, que antes era da IES, passou a ser do MEC. Não mais existe, para as IES, a opção de se instalarem nos municípios que desejarem, mas apenas naqueles indicados pelo MEC, e, ainda assim, somente se vencerem o processo seletivo.

8. A única exceção a esse procedimento é a autorização para funcionamento de curso de graduação em Medicina para IES mantida por mantenedora de unidade hospitalar. Em tal situação, inexistente competição e é realizada apenas aferição de indicadores relacionados à unidade hospitalar e à IES. Trata-se de modalidade de autorização residual, com baixíssima demanda, como se comprova pelo interesse demonstrado pelo Edital Seres 05/2014, que culminou com apenas uma autorização, concedida para a Faculdade Israelita de Ciências da Saúde Einstein – FICSAE, cuja mantenedora é a Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein.

9. A Lei 12.871/2013 dispôs, também, que: (i) ao menos 30% da carga horária do internato médico na graduação seja desenvolvida na Atenção Básica e em Serviço de Urgência e Emergência do SUS; (ii) a IES vencedora de chamamento público pode se utilizar da estrutura do SUS local mediante oferecimento de contrapartida.

10. Por fim, é relevante destacar que a Lei 12.871/2013 estabeleceu que o edital de seleção das IES “exigirá garantia de proposta do participante e multa por inexecução total ou parcial do contrato, conforme previsto, respectivamente, no art. 56 e no inciso II do *caput* do art. 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”.

Escoço processual

11. Passo, agora, a um breve histórico do processo.

12. Em 09/10/2015, após ouvir preliminarmente a Seres/MEC, concedi medida cautelar para determinar àquela Secretaria que suspendesse os procedimentos decorrentes do Edital 6/2014 até que o Tribunal decidisse sobre o mérito das questões suscitadas, nos termos do art. 45 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 276 do Regimento Interno. Na mesma oportunidade, determinei a realização de oitiva da Seres/MEC, nos termos do art. 276, §3º, do Regimento Interno, para que se pronunciasse sobre a adoção de critérios de julgamento da etapa de habilitação não previstos no instrumento convocatório e somente divulgados quando da publicação do resultado preliminar, em afronta aos princípios do julgamento objetivo, da isonomia, da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório, previstos nos arts. 3º e 45 da Lei 8.666/1993, diploma legal cuja aplicação ao chamamento público em foco, é importante frisar, foi expressamente determinada pelo § 3º do art. 3º da Lei 12.871/2013, como adiante se verá.

13. A cautelar foi referendada pelo Plenário na sessão de 14/10/2015.

14. A Seres/MEC agravou o referido despacho. Contudo, por ser intempestivo, aquele recurso não foi conhecido em 05/11/2015.

15. Analisados os elementos encaminhados em atendimento à oitiva, o auditor federal de controle externo encarregado da instrução dos autos considerou necessária a fixação de prazo para que a Seres/MEC anulasse o chamamento público referente ao Edital 6/2014, “por estar em desacordo com os arts. 3º e 45 da Lei 8.666/1993, e, ainda, por falta de clareza quanto à legitimidade da metodologia produzida pela Fundação Getúlio Vargas (FGV Projetos), sob o risco de restringir indevidamente o caráter competitivo”.

16. O secretário-substituto da Secretaria de Fiscalização da Educação, da Cultura e do Desporto (SecexEducação) divergiu de tal proposta. Assinalou que “a divulgação dos critérios de habilitação posteriormente à publicação do Edital 6/2014 não gera, por si só, fundada suspeição quanto à lisura do procedimento licitatório” e que a deliberação do TCU “não traria efeitos práticos, na medida em que, muito provavelmente, não alteraria o resultado final da análise efetuada pela Seres/MEC, realizada a partir das demonstrações financeiras referentes a exercícios já concluídos”. Propôs, desta forma, a revogação da medida cautelar e a ciência à Seres/MEC das “irregularidades, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outras semelhantes”.

17. Quando os autos se encontravam em meu gabinete, ingressaram no Tribunal novas representações contra o mesmo certame, que constituíram os processos TC 014.879/2015-8 e TC 000.113/2016-6, apensados a estes autos. Em decorrência das questões suscitadas, determinei a realização de nova oitiva da Seres/MEC, desta feita para que se manifestasse sobre a possível inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 12.871/2013, tal como aplicados no caso concreto por meio do Edital 6/2014:

“a) art. 3º, por: (i) limitar a liberdade na atividade privada de ensino voltada ao curso de Medicina, consagrada no art. 209 da Constituição Federal; (ii) afrontar os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da universalização do acesso ao ensino, estabelecidos nos arts. 1º, inciso IV, 170 e 214, inciso II, da Constituição Federal; (iii) exigir contrapartida para utilização dos recursos do SUS, criando nova modalidade de custeio arcada por entidades particulares, em desacordo com o art. 198, § 1º, da Constituição Federal; (iv) exigir a utilização da estrutura de serviços, ações e programas de saúde do SUS, ignorando o art. 199, caput, 206, inciso III, e 209 da Constituição Federal;

b) art. 4º, §1º, por exigir internato em unidade integrante do Sistema Único de Saúde, com exclusão das entidades privadas que não o integram, em desarmonia com as disposições constantes do art. 199, caput, da Constituição Federal.”

18. A Seres/MEC apresentou resposta, nos termos sintetizados no relatório que antecedeu este voto.

19. Deferi o ingresso nos autos, na condição de *amicus curiae*, da Frente Nacional de Prefeitos (FNP) e da Associação Brasileira das Universidades Comunitárias, que carregaram elementos que, em seu juízo, podem contribuir para o aperfeiçoamento da

deliberação a ser proferida por este Tribunal.

20. Indeferi os pedidos de ingresso nos autos formulados pelas seguintes entidades: (i) União de Educação e Cultura – Unece; (ii) Antônio Gustavo Morais Pinto da Mota; (iii) Associação de Ensino de Ribeirão Preto – Aerp; (iv) Uniseb – União de Cursos Superiores SEB Ltda.; (v) Seses – Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá Ltda.; (vi) Irep – Sociedade de Ensino Superior, Médio e Fundamental Ltda.; (vii) Município de Contagem/MG; (viii) Centro de Educação Superior Guanambi Ltda.; (ix) Associação Brasileira dos Estudantes de Educação à Distância - ABEED. Não obstante, em busca da verdade material, todas as questões por eles suscitadas foram sopesadas na confecção deste voto.

21. Foram concedidas cópias integrais do processo, com fundamento na Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), a diversos solicitantes.

22. Após a análise das novas questões, a SecexEducação reafirmou, em conclusão, a existência das seguintes irregularidades no certame disciplinado pelo Edital 6/2014 – Seres/MEC:

“a) alteração do item 6.6.3.1.2 do Edital 6/2014, modificando prazo previsto originalmente para a apresentação de documentação de habilitação (demonstrativo auditado) sem a edição de ato administrativo, em inobservância aos princípios da legalidade, da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório (peça 22 do TC 014.879/2015-8);

b) definição de critérios de aprovação para a etapa de habilitação (capacidade econômico-financeira) não previstos no instrumento convocatório, mediante edição da Nota Técnica 1.103/2015-Seres/MEC, publicada somente após o resultado preliminar do certame, em afronta aos princípios do julgamento objetivo, da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, previstos nos arts. 3º e 45 da Lei 8.666/93 (peças 43-44).”

23. A unidade também concluiu pela inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 12.871/2013, que norteou aquele procedimento seletivo. O auditor federal de controle externo encarregado da instrução considerou inconstitucionais: (i) o art. 3º, *caput*, por afronta ao princípio da livre iniciativa insculpido no art. 209 da Carta Magna; (ii) o art. 3º, § 1º, por considerar que a contrapartida financeira exigida do vencedor do certame caracterizaria financiamento indireto do SUS, revelando a existência de um “modelo jurídico de cooperação”, com ofensa aos arts. 198, § 1º, e 175 da Lei Maior. Os dirigentes da SecexEducação, por outro lado, consideraram inconstitucional apenas o art. 3º, *caput*, da Lei 12.871/2013, na forma aplicada no Edital 6/2014, “em face da ofensa ao fundamento constitucional da livre iniciativa, consagrado pelo art. 1º, IV, 170, *caput*, e 209 da CF/88, e, por conseguinte, afronta ao princípio da livre concorrência, estabelecidos no art. 170, IV, da CF/88”.

24. A respeito, o auditor federal de controle externo anotou:

“Quanto ao alcance de eventual decisão deste Tribunal acerca da inconstitucionalidade, pelas razões expostas (...), entende-se que as circunstâncias

existentes são relevantes para conferir eficácia ex nunc à decisão de inconstitucionalidade, de modo a garantir a segurança jurídica e evitar impactos imediatos negativos à Administração Pública. Essas considerações atingem inclusive a avaliação sobre a anulabilidade do Edital 6/2014, a partir da qual não mais requereria o seu refazimento, mas levaria a efeito o desfazimento em definitivo de todas ações praticadas. Por essa razão, a fim de garantir os efeitos prospectivos da decisão, entende-se não ser pertinente, excepcionalmente, a anulação do Edital 6/2014, em modificação à proposta contida na instrução de peça 43.

Por outro lado, entende-se que os efeitos da decisão deve recair sobre o Edital 1/2015, publicado em abril de 2015 para a seleção de outros municípios, impondo-se a sua anulação, uma vez que o novo procedimento para a abertura de cursos de Medicina encontra-se em sua fase inicial, na etapa de seleção de municípios, ainda não encerrado.

Nesse sentido, afasta-se a aplicação do art. 3º da Lei 12.871/2013, considerando irregulares quaisquer atos doravante praticados pelo MEC com base no referido dispositivo, sobre os quais poderão implicar responsabilização pessoal dos agentes que lhes derem causa.”

25. No mérito, o auditor propôs:

“I) revogar a medida cautelar concedida por meio do despacho da Exma. Ministra Ana Arraes de 9/5/2015, permitindo, excepcionalmente, a continuidade dos procedimentos decorrentes do Edital 6/2014- Seres/MEC, de modo a garantir a segurança jurídica e evitar impactos imediatos negativos à administração pública, em decorrência de eventual desfazimento em definitivo de todas ações praticadas pelos atores públicos envolvidos, em que pese a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 12.871/2013, em afronta aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, consagrados pelos arts. 1º, IV, 170, caput e IV, 209 da CF/88;

II) determinar ao Ministério da Educação, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, c/c art. 45, caput, da Lei 8.443/1992, que adote as providências necessárias para anular o Edital 1/2015-Seres/MEC, aplicado com fundamento no art. 3º da Lei 12.871/2013, por inconstitucionalidade deste dispositivo legal, em afronta aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, consagrados pelos arts. 1º, IV, 170, caput e IV, 209 da CF/88;

III) dar ciência à Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação (Seres/MEC) de que os atos doravante praticados com base no art. 3º da Lei 12.871/2013 serão considerados irregulares por esta Corte, sobre os quais poderão implicar responsabilização pessoal dos agentes que lhes derem causa;

IV) dar ciência à Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação (Seres/MEC) sobre as seguintes irregularidades identificadas no âmbito do Edital 6/2014, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outras semelhantes:

a) alteração indevida de termos do Edital 6/2014-Seres/MEC (item 6.6.3.1.2), modificando prazo previsto originalmente para a apresentação de documentação de habilitação, sem a devida edição de ato administrativo, em afronta aos princípios da legalidade, da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório;

b) ausência em edital elaborado com base no art. 3º da Lei 12.871/2013 de todos os critérios de aprovação e julgamento de documentos e propostas a serem apresentados, em afronta aos arts. 3º e 45 da Lei 8.666/93;

c) ausência de justificativas, no processo administrativo referente a edital elaborado com base no art. 3º da Lei 12.871/2013, para a adoção de metodologia original em relação a índices de plano de negócios e da capacidade econômico-financeira dos participantes, em afronta ao art. 31, § 5º, da Lei 8.666/93;

d) inconstitucionalidade do Edital 6/2014-Seres/MEC – em relação ao contido em seu Anexo III, item 5.1 – e da Portaria Normativa-MEC 16/2014, por trazer inovação no ordenamento jurídico na relação público-privado na prestação de serviços públicos, em afronta ao art. 175, caput e parágrafo único, da CF/88;’

V) dar ciência da decisão que vier a ser adotada à Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação (Seres/MEC) e às empresas representantes União de Educação e Cultura (Unece), Sociedade Padrão de Educação Superior Ltda. e Associação Brasileira dos Estudantes de Educação à Distância (Abeed), bem como à Frente Nacional de Prefeitos (FNP) e à Associação Brasileira das Universidades Comunitárias (Abruc);

VI) dar ciência à SecexSaúde do acórdão que vier a ser proferido nestes autos, bem como do relatório e voto que o fundamentarem; e

VII) determinar o arquivamento destes autos, nos termos do art. 169, inciso V, do Regimento Interno/TCU.”

26. Os dirigentes da SecexEducação, ao divergirem parcialmente de tal encaminhamento, propuseram:

“I) revogar a medida cautelar concedida por meio do despacho da Senhora Ministra Ana Arraes de 9/5/2015, permitindo a continuidade dos procedimentos decorrentes do Edital Seres/MEC 6/2014;

II) firmar o entendimento de que o processo de chamamento público, na forma prevista na Lei 12.871/2013, não pode ser a única forma possível de obtenção de autorização para o funcionamento de curso de graduação em Medicina, ante a afronta aos fundamentos constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, consagrados nos artigos 1º, IV, 170, caput e IV, e 209 da Constituição Federal de 1988; e, por consequência, qualquer interpretação ao art. 3º da Lei 12.871/2013 que assegure, no caso concreto, exclusividade ao processo de chamamento para obtenção de autorização para o funcionamento de curso de graduação em Medicina será considerada inconstitucional por esta Corte;

III) dar ciência à Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior

do Ministério da Educação (Seres/MEC) sobre as seguintes irregularidades identificadas no âmbito do Edital 6/2014, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outras semelhantes:

a) alteração indevida de termos do Edital 6/2014-Seres/MEC (item 6.6.3.1.2), modificando prazo previsto originalmente para a apresentação de documentação de habilitação, sem a devida edição de ato administrativo, em afronta aos princípios da legalidade, da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório;

b) ausência em edital elaborado com base no art. 3º da Lei 12.871/2013 de todos os critérios de aprovação e julgamento de documentos e propostas a serem apresentados, em afronta aos arts. 3º e 45 da Lei 8.666/93;

c) ausência de justificativas, no processo administrativo referente a edital elaborado com base no art. 3º da Lei 12.871/2013, para a adoção de metodologia original em relação a índices de plano de negócios e da capacidade econômico-financeira dos participantes, em afronta ao art. 31, § 5º, da Lei 8.666/93;

IV) dar ciência da decisão que vier a ser adotada à Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação (Seres/MEC) e às empresas representantes União de Educação e Cultura (Unece), Sociedade Padrão de Educação Superior Ltda. e Associação Brasileira dos Estudantes de Educação à Distância (Abeed), bem como à Frente Nacional de Prefeitos (FNP) e à Associação Brasileira das Universidades Comunitárias (Abruc);

V) dar ciência à SecexSaúde do acórdão que vier a ser proferido nestes autos, bem como do relatório e voto que o fundamentarem; e

VI) determinar o arquivamento destes autos, nos termos do art. 169, inciso V, do Regimento Interno/TCU.”

27. Passo a decidir sobre a questão.

Da preliminar de competência

28. Preliminarmente, a respeito da competência do Tribunal para deliberar sobre a controvérsia, saliento que o Edital 6/2014 rege-se pelo art. 3º da Lei 12.871/2013. O §3º do referido art. 3º, por sua vez, estabelece que os critérios dos editais de chamamento público para autorização e funcionamento dos cursos de Medicina no âmbito do Programa Mais Médicos observarão, no que couber, a legislação sobre licitações e contratos administrativos. É esse o dispositivo que permite aos participantes representarem ao TCU acerca de irregularidades nos chamamentos públicos, nos termos do art. 113, §1º, da Lei 8.666/1993.

29. Em reforço, as “perguntas e respostas” consolidadas pelo MEC em decorrência da Audiência Pública Seres 01/2013, destinada a prestar “esclarecimentos às instituições de educação superior privadas sobre os procedimentos acerca do Edital de seleção para autorização de funcionamento de curso de medicina” (disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/secretaria-de-regulacao-e-supervisao-da-educacao-superior-seres/programa-mais-medicos>> Acesso em: 15 jun 2016), consignaram:

“24. Na questão do atendimento à Lei nº 8.666/93, favor explicar as razões da sua utilização. A MP nº 621/2013 prevê que o edital de seleção de propostas para obtenção de autorização de funcionamento de curso de medicina “observará, no que couber, a legislação sobre licitações e contratos administrativos”. Tendo em conta que se trata de processo de chamamento público, com seleção de propostas, a analogia com os procedimentos públicos de escolha da administração previstos na Lei nº 8.666/93 é pertinente.”

30. Registro, a propósito, que este Tribunal já se manifestou, anteriormente, sobre possíveis vícios em processo seletivo regido pela Lei 12.871/2013. Nesse sentido, o acórdão 7.482/2015 – 2ª Câmara, por mim relatado, conheceu de representação e a considerou improcedente.

31. A autorização para funcionamento de um curso superior é ato administrativo vinculado, com pouca ou nenhuma margem de discricionariedade para a Administração, mormente em face da publicação de edital que disciplina o rito a ser seguido e os critérios previamente estabelecidos para seleção da entidade “vencedora” do certame. Como o edital faz lei entre as partes, cabe verificar: (i) a adequação do edital ao ordenamento jurídico; (ii) a aderência dos procedimentos levados a efeito pela Administração àqueles previstos no instrumento convocatório, pois, nos termos do art. 71, IX, da Carta Magna, compete ao TCU assinar prazo que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade.

32. Ainda a respeito, destaco que as competências atribuídas a esta Casa pela Carta de 1988 vão além da fiscalização dos dispêndios e alcançam as áreas operacionais da União e das entidades da administração direta e indireta. Neste prisma, é inegável que a fiscalização de natureza operacional alcança a verificação da atuação dos órgãos estatais na regulação das atividades que lhes são próprias, respeitados os espaços regulatórios privativos de cada órgão.

33. No presente caso, o MEC atua como órgão regulador no equilíbrio entre a oferta e demanda de vagas em cursos de ensino superior. Busca-se verificar se a regulação exercida pelo ente público pautou-se pela aplicação dos princípios constitucionais, máxime os princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da isonomia, do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório.

Dos procedimentos relacionados ao Edital 6/2014-Seres/MEC

34. O Edital 6/2014-Seres/MEC (publicado no DOU de 23/12/2014) previu que as propostas das mantenedoras de IES para autorização de funcionamento de curso de Medicina em municípios selecionados no âmbito do Edital 03/2013 seriam analisadas em três etapas: (i) habilitação da mantenedora (eliminatória); (ii) análise da experiência regulatória da mantida indicada e da mantenedora (eliminatória e classificatória); e (iii) análise e classificação das propostas (eliminatória e classificatória).

35. Em síntese, o rito previsto pelo edital seguiria o seguinte fluxo:

1) habilitação da mantenedora, a partir da avaliação da capacidade

econômico-financeira e da regularidade jurídica e fiscal;

2) análise da “experiência da mantenedora e da mantida indicada”;

3) análise das cinco propostas melhor classificadas na etapa anterior (“experiência da mantenedora e da mantida indicada”), a partir das dimensões: (i) projeto pedagógico do curso; (ii) plano de formação e desenvolvimento da docência em Saúde; (iii) plano de infraestrutura da IES; (iv) plano de contrapartida à estrutura de serviços, ações e programas de saúde do SUS no município e/ou região do curso; (v) plano de implantação de Residência Médica; (vi) plano de oferta de bolsas para alunos;

4) classificação final (somatório da pontuação obtida na análise da “experiência da mantenedora e da mantida indicada” e da análise da proposta).

36. O Edital 6/2014 previa que seria divulgada, em 08/04/2015, a classificação da denominada “fase 1”, integrada pelos resultados das etapas de “habilitação da mantenedora” e de “análise da experiência regulatória da mantida indicada e da mantenedora”. Naquela data, no entanto, foi publicada retificação do Edital 6/2014 para dizer que seria divulgada, naquele momento, apenas a “classificação das propostas de acordo com a análise da experiência regulatória da mantenedora e da mantida indicada”, o que foi efetuado nos termos do Edital constante da peça 97.

37. Não foi efetuada, naquela oportunidade ou em momento posterior, divulgação específica sobre o resultado da habilitação dos concorrentes, que seria, em conformidade com o fluxo inicialmente estabelecido, a primeira etapa da seleção.

38. Somente em 10/07/2015, por meio de um anexo ao edital publicado para promover a “Divulgação da Classificação das Propostas”, foi anunciado o resultado da habilitação dos concorrentes. Ou seja, o resultado da habilitação somente foi divulgado no momento da divulgação do resultado do certame, por meio de anexos específicos denominados “Propostas Classificadas”, “Propostas Desclassificadas na Admissibilidade e na Habilitação da Mantenedora” e “Propostas Desclassificadas na Análise e Classificação das Propostas”.

39. No mesmo dia 08/04/2015 em que o edital foi retificado, foi divulgada alteração no critério de julgamento, nos seguintes termos:

a) Redação original constante do Edital 6/2014

“Item 6.5.1 A proposta vencedora será aquela que, tendo sido classificada na 1ª fase (etapa de habilitação e experiência regulatória), obtiver maior pontuação no somatório desta com a segunda fase (propostas), a partir da aplicação da fórmula abaixo:

(...)”

b) Redação alterada

“Item 6.5.1 A proposta vencedora será aquela que, superada a fase de habilitação da mantenedora, de análise da experiência regulatória da mantenedora e da mantida indicada e de análise e classificação das propostas obtiver maior

pontuação no somatório, a partir da aplicação da fórmula abaixo:

(...)”

40. A alteração no critério de julgamento foi efetuada mais de dois meses depois do recebimento das propostas e se deu porque, até aquela data, não haviam sido realizadas as análises para habilitação das propostas que, como já foi mencionado, deveriam constituir a primeira etapa do certame.

41. Destaco, por relevante, que, à época em que foi efetuada a alteração do edital, a Seres/MEC ainda não dispunha do ferramental de que veio posteriormente a utilizar para efetuar a análise da habilitação dos concorrentes, como passo a demonstrar.

42. Nos termos do Edital 6/2014, a capacidade econômico-financeira, constante da etapa “habilitação da mantenedora”, seria aferida em três fases: (i) avaliação da saúde financeira atual; (ii) avaliação do Plano de Negócios; (iii) avaliação da capacidade econômico-financeira para oferta do curso de Medicina. Essa última seria efetuada conforme os “critérios” e “especificações” estipulados em seu Anexo I, que dizia:

“Para avaliação da proposta será utilizado o padrão de fluxo de caixa em relação às obrigações de caixa. Serão adotados os seis indicadores a seguir, classificados como principais e suplementares:

Principais:

1) Fundos Gerados pela Operação (FGO) sobre dívida;

2) Dívida sobre Lucros antes de Juros, Impostos, Depreciação e Amortização (EBITDA).

Suplementares:

3) Juros sobre Fundos Gerados pela Operação (FGO);

4) Lucro antes de Juros, Impostos, Depreciação e Amortização (EBITDA) sobre Juros;

5) Fluxo de Caixa das Operações (FCO) sobre Dívida; e

6) Fluxo de Caixa Livre (FCL) sobre Dívida”.

43. Como já mencionei: (i) a classificação da denominada “fase 1”, da qual constaria a habilitação da mantenedora, deveria ocorrer em 08/04/2015, nos termos inicialmente fixados no Edital 6/2014; (ii) a retificação do Edital, com a alteração dos prazos de divulgação dos resultados e do critério de julgamento, foi efetuada naquela mesma data.

44. Ocorre que, em 22/04/2015 – duas semanas, portanto, após a retificação do edital – o Ministério da Educação celebrou com a Fundação Getúlio Vargas o Contrato 31/2015 (publicado no DOU de 03/06/2015), que tinha por objeto a “prestação de serviços de consultoria especializada para elaboração de análise de sustentabilidade financeira das propostas para autorização de curso de medicina, nos termos do Edital 6/2014, de 23 de dezembro de 2014” (peça 74, pp. 3-16).

45. Fica patente, portanto, que: (i) a Seres/MEC lançou o Edital 6/2014 sem saber como seria realizada a avaliação de parte do material que lhe seria encaminhado; (ii) a divulgação da “classificação das propostas de acordo com a análise da experiência regulatória da mantenedora e da mantida indicada”, procedida em 08/04/2015, efetuou-se antes da celebração do contrato com a FGV; (iii) o MEC não cumpriu os termos editalícios inicialmente estabelecidos em face de sua própria intempestividade na definição dos critérios de avaliação; (iv) a verificação da habilitação dos licitantes não constituiu a primeira etapa do processo seletivo; (v) não foi cumprida a regra editalícia para que somente fossem analisadas as propostas das cinco concorrentes melhor colocadas na fase 1, composta das etapas de habilitação da mantenedora e “experiência da mantenedora e da mantida indicada”, uma vez que a habilitação não foi previamente avaliada.

46. A Nota Técnica 1103/2015 – Seres/MEC, que será, adiante, objeto de maior enfoque, informou que:

“28. Das 205 (duzentas e cinco) propostas analisadas, 90 (noventa) foram consideradas não habilitadas e 115 (cento e quinze) foram habilitadas. No entanto, o Edital prevê, no item 5.4.1, que somente seriam avaliadas na etapa de Análise e classificação das propostas, as 05 melhor classificadas para cada município na etapa de Análise da experiência regulatória da mantenedora e da mantida indicada.

29. Deve-se ressaltar que, de acordo, com o item 5.4 do Edital, as propostas que não se classificaram entre as 5 (cinco) melhores, após as etapas de Habilitação da Mantenedora e Análise da experiência regulatória da mantida indicada e da mantenedora não foram avaliadas na etapa de Análise e classificação das propostas.”

47. Essa afirmação, no entanto, não corresponde à verdade, como se percebe da comparação dos Anexos I (“Propostas Classificadas”) e III (“Desclassificadas na Análise e Classificação das Propostas”) do Edital de Divulgação da Classificação das Propostas (peça 92). Em ambos os anexos, verifica-se a existência de pontuação relacionada à “Análise e Classificação das Propostas”, o que revela que somente não foram avaliadas as propostas das mantenedoras constantes do Anexo II (“Propostas Desclassificadas na Admissibilidade e na Habilitação da Mantenedora”). Em relação a alguns municípios (a exemplo de Contagem/MG e São Bernardo do Campo/SP), a soma das propostas avaliadas, nos Anexos I e III, foi superior a cinco, contrariando o item 5.4.1 do Edital.

48. A Seres/MEC afirmou que a modificação procedida não trouxe qualquer alteração em relação ao resultado. A assertiva poderia ser considerada procedente se, e somente se, estivéssemos a tratar de uma simples inversão de fases: a habilitação dos licitantes, ao invés de ser realizada no início do procedimento, fosse realizada em momento posterior, mas segundo o mesmo critério já inicialmente definido. Isso, no entanto, não ocorreu. Os critérios de habilitação somente foram definidos após o conhecimento das propostas. Não se pode afirmar, portanto, que não tenham tais critérios sido estabelecidos a partir do prévio conhecimento das propostas e dos resultados que se pretendesse alcançar.

49. Infelizmente, a inobservância das regras estabelecidas pela própria Seres/

MEC no chamamento procedido por meio do Edital 06/2014 coloca em dúvida a credibilidade do resultado do certame.

50. Essa incerteza relacionada à legalidade e à legitimidade dos resultados do certame é robustecida quando se focaliza outras questões relacionadas à edição da Nota Técnica 1103/2015, que passo a destacar.

51. Como descrevi no item 42 acima, o Edital 6/2014 especificou quais seriam os indicadores utilizados para avaliação da capacidade econômico-financeira dos competidores – e que seriam, portanto, empregados para sua habilitação. No entanto, apesar da menção aos indicadores, não foi especificada a “métrica” (ou os valores) que seria(m) utilizada(os) para aferir os índices apresentados por cada um dos concorrentes.

52. No dia em que foram tornados públicos os resultados do certame (10/07/2015), foi publicada a Nota Técnica 1103/2015 – Seres/MEC, que noticiou o “padrão decisório da Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior adotado para análise dos processos inscritos no âmbito do Edital nº 6/2014”. Naquele documento, foram divulgadas “categorias” ou “faixas de valores” para os indicadores previstos no Edital, sob os títulos “mínimo”, “modesto”, “intermediário”, “significante”, “agressivo” e “altamente alavancado”.

53. A Nota Técnica estabeleceu que, para aprovação de um candidato na fase “avaliação da situação financeira atual”, seriam “combinados” os seguintes índices:

“I – Principais: nível ‘intermediário’ ou acima, sendo pelo menos um deles com nível ‘modesto’; e

II – Suplementares: dos quatro índices pesquisados, pelo menos três com nível ‘intermediário’ ou acima.”

54. Para a aprovação do Plano de Negócios, a Nota Técnica verificou a evolução “ao longo do período de análise (de dez anos)”, de forma a que:

“I – FCO e FCL tornam-se positivos e recorrentes até o décimo ano do projeto;
e

II – FCO e FCL tornam-se positivos e recorrentes até o décimo ano do projeto de implantação do(s) novo(s) curso(s) de medicina, após a aplicação de um teste de stress. Esse teste objetiva avaliar a capacidade financeira do projeto em absorver fatores adversos, como redução do valor real da receita com mensalidades.”

55. Finalmente, para a fase “avaliação da capacidade econômico-financeira para a oferta do curso de medicina”, os critérios de aprovação foram assim descritos:

“I. Entrada em operação do curso:

• Índices principais: nível ‘significante’ ou acima, sendo pelo menos um deles com nível ‘intermediário’;

• Índices suplementares: dos quatro índices pesquisados, pelo menos dois com nível ‘significante’ ou acima.

II. No final do quinto ano do projeto:

- *Índices principais: nível ‘intermediário’ ou acima;*
- *Índices suplementares: dos quatro índices pesquisados, pelo menos dois com nível ‘intermediário’ ou acima.*

III. No final do décimo ano do projeto:

- *Índices principais: nível ‘intermediário’ ou acima, sendo pelo menos um deles com nível ‘modesto’;*
- *Índices suplementares: dos quatro índices pesquisados, pelo menos três com nível ‘intermediário’ ou acima; nenhum índice com classificação inferior a ‘significante’.*”

56. A simples comparação do texto contido na Nota Técnica 1103/2015 com a descrição dos indicadores utilizada no Edital 6/2014 mostra que a primeira efetivamente inovou. Apesar de estabelecer os indicadores, o Edital 6/2014 não revelou como seriam habilitados os concorrentes. Os efetivos parâmetros de habilitação somente foram definidos pela Nota Técnica 1103/2015 – Seres/MEC, divulgada no mesmo momento em que foi proclamado o resultado provisório do certame.

57. Em acréscimo, a Nota Técnica 1103/2015 informou que foi realizado um “teste de stress”, não divulgado no Edital 6/2014, que objetivou “avaliar a capacidade financeira do projeto em absorver fatores adversos, como redução do valor real da receita com mensalidades”. Sequer foi especificada na Nota Técnica 1103/2015 a base adotada para a projeção dessa “redução”.

58. Vê-se, então, que a habilitação, além de não haver sido realizada antes das demais etapas, como previa o Edital 6/2014, foi realizada segundo parâmetros que não haviam sido previamente divulgados e que somente foram construídos após recebimento e conhecimento do teor das propostas.

59. A respeito, a Seres/MEC alegou que a Nota Técnica 1103/2015 serviu “fundamentalmente para orientar dúvidas, sob forma analítica, trazendo transparência aos atos administrativos, com nítido caráter hermenêutico das normas que regem a Administração Pública”. A resposta apresentada pela Seres/MEC pretende fazer crer que a Nota Técnica 1103/2015 apenas veio a explicitar, em nome da transparência, critérios que já haviam sido anteriormente decididos.

60. Tal justificativa não pode ser acolhida. A uma, porque, em face da natureza vinculativa do ato convocatório, não se admite, em matéria de licitações e procedimentos correlatos, a aplicação da “hermenêutica integrativa” como forma de supressão de lacunas, mormente quando tais lacunas se referem à essência do certame, ou seja, aos critérios de habilitação dos concorrentes. A duas, porque os critérios explicitados na Nota Técnica 1103/2015 foram desenvolvidos a partir da propalada “metodologia inovadora” desenvolvida pela Fundação Getúlio Vargas no escopo do contrato 31/2015 e que, conforme já se explicitou, somente foi pactuada em 22/04/2015, portanto, quase quatro meses após a publicação do Edital 6/2014.

61. Por relevante, frise-se uma vez mais: o Edital 6/2014 não trouxe qualquer parâmetro para aferição dos indicadores nele especificados.

62. Sucinta e objetiva, a análise efetuada pelo auditor federal de controle externo encarregado da instrução dos autos foi precisa:

“41. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório exige a obediência da Administração e dos participantes às normas e condições estabelecidas no edital. Qualquer ato ou procedimento posterior deve ter sua previsão naquele instrumento editalício. Resulta disso a necessidade de oferecer aos candidatos o conhecimento prévio de como seus documentos e propostas receberão a aprovação para fins de classificação. À Administração Pública cabe classificar as propostas consoante os critérios de pontuação previstos somente no instrumento convocatório, e não em outros documentos que não sejam de conhecimento prévio dos participantes, conforme o disposto no art. 45 da Lei 8.666/93:

‘Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle’”.

63. Para fins didáticos, por analogia, é como se um edital de licitação estabelecesse como indicador da capacidade econômico-financeira dos licitantes a Liquidez Corrente, sem informar como esse índice seria aferido. Nesse exemplo, o edital não diria se seria considerado como satisfatório índice inferior, igual ou superior a 1,0. Ou ainda – em extremo – se somente seria considerado habilitado o concorrente que apresentasse índice superior a 3,0. No exemplo, é inimaginável que se considerasse correto que a Administração divulgasse os valores dos índices que seriam tidos como satisfatórios somente após o recebimento das propostas, na forma de nota técnica.

64. É exatamente isso o que ocorreu em relação ao Edital 6/2014.

65. A jurisprudência do TCU é firme no sentido de que índices contábeis e valores utilizados na avaliação da qualificação econômico-financeira devem ser justificados no processo licitatório, sobretudo quando os adotados não sejam os usuais. São nessa linha os acórdãos 628/2014, 932/2013, 2.495/2010 e 291/2007 do Plenário, dentre outros. Como os valores dos índices utilizados para habilitação no Edital 6/2014 não foram divulgados, é certo que não foram justificados no processo de chamamento público. E como não constavam do edital, fugiram à análise da Consultoria Jurídica do MEC, obrigatória nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei 8666/1993.

66. A respeito, o MEC argumentou que, “caso a divulgação das faixas de valores de referência para cada um dos índices previstos no Edital nº 6/2014 ocorresse em momento conjunto à publicização do referido instrumento editalício, haveria o risco das proponentes apresentarem informações por assim dizer ‘maquiadas’ para composição dos índices, majorando assim a avaliação de sua capacidade financeira de forma não condizente com a realidade”. Tal justificativa se revela inepta, uma vez que os índices

que demonstram a saúde financeira das instituições são extraídos de demonstrativos contábeis devidamente publicados e previamente submetidos a auditorias independentes, como salientou o auditor encarregado da instrução do processo.

67. Ademais, como ressaltou a instrução, é de se esperar que os novos certames realizados pelo MEC se pautem por aqueles mesmos critérios. Neles, deixará de existir o ineditismo e, portanto, o suposto “sigilo” do critério adotado pelo MEC, uma vez que o conteúdo da Nota Técnica 1103/2015 – Seres/MEC já será de amplo conhecimento.

68. O argumento, portanto, é desprovido de razoabilidade.

69. A ausência de definição prévia dos valores que seriam considerados adequados trouxe prejuízo às possíveis impugnações ao edital, que se mostrariam benéficas como forma de ampliar discussões acerca do tema, sobretudo em face da utilização de “metodologia original” e inovadora desenvolvida pela Fundação Getúlio Vargas especificamente para aquele edital e que veio a ser utilizada para seleção das melhores propostas.

70. A propósito, destaco que o MEC realizou três audiências públicas para esclarecimento às instituições de educação superior privadas sobre os procedimentos acerca do Edital de seleção para autorização de funcionamento de curso de medicina”. Em nenhuma delas existe referência à metodologia utilizada para aferição da habilitação da mantenedora (dados das audiências públicas disponíveis em: <<http://portal.mec.gov.br/secretaria-de-regulacao-e-supervisao-da-educacao-superior-seres/programa-mais-medicos>> Acesso em: 15 jun 2016).

71. À luz do edital, vê-se que os concorrentes entraram no certame sem prévio conhecimento do que seria realmente exigido.

72. Como já assinalai, a capacidade econômico-financeira, constante da etapa “habilitação da mantenedora”, seria aferida em três fases, uma delas a avaliação do Plano de Negócios da mantenedora. Os Planos de Negócios, de forma diversa dos balanços patrimoniais, trazem números referentes a eventos futuros, concebidos em uma lógica empresarial/pedagógica passível de alteração e que, nos termos do Edital, deveriam considerar “a justificativa do projeto apresentado; os objetivos e fluxograma do curso; a estrutura administrativa e docente; o planejamento econômico-financeiro e o Plano de Desenvolvimento Institucional”. Algumas das premissas norteadoras dos Planos de Negócios podem, portanto, ser alteradas pelas mantenedoras para que eles apresentem a sustentabilidade desejada, desde que os padrões considerados como desejáveis sejam previamente definidos e divulgados pela promotora do certame.

73. A prévia divulgação dos critérios e valores estabelecidos pela Nota Técnica 1103/2015 poderia conduzir os competidores a elaborarem Planos de Negócios diferentes daqueles por eles apresentados, com alteração nos resultados do certame.

74. Os critérios de habilitação tardiamente explicitados pela Seres/MEC levaram à inabilitação de 90 instituições, dentre as 205 que haviam sido classificadas na etapa de “análise da experiência regulatória da mantida indicada e da mantenedora” (44%). Em alguns municípios, a proporção de mantenedoras inabilitadas foi ainda maior, a exemplo

de Alagoinhas/BA (64%), Araçatuba/SP (67%), Araras/SP (67%), Jaboaão dos Guararapes/PE (67%), Jaú/SP (60%), Juazeiro/BA (87,5%), Passos/MG (83,4%), Poços de Caldas/MG (60%), Sete Lagoas/MG (55,6%) e Tucuruí/PA (83,3%).

75. Em onze municípios, a inabilitação atingiu as instituições melhor pontuadas na etapa de “análise da experiência regulatória da mantida indicada e da mantenedora”.

76. Considerando a relevância do procedimento seletivo levado em curso – em que se concede a uma IES monopólio para funcionamento de curso de Medicina em região geográfica de raio de cem quilômetros – e a importância dos indicadores (e respectivos valores) que seriam exigidos para a habilitação das mantenedoras interessadas, seria crucial sua prévia divulgação, de forma a oferecer aos licitantes ao menos a possibilidade de buscarem a impugnação do edital e dos critérios nele definidos, por via administrativa ou judicial.

77. A questão não poderia ser tratada sem o conhecimento dos interessados, sobretudo porque, conforme alegado pela própria Seres/MEC, a avaliação seria desenvolvida segundo “metodologia original e inovadora”. Observe-se que o MEC é sabedor dessa necessidade, motivo pelo qual buscou tergiversar na Nota Técnica 1358/2015-CGCP/DOREG/SERES/MEC, elaborada em atendimento ao Requerimento nº 839/2015, da Câmara dos Deputados, que tratou do padrão decisório adotado para a abertura de cursos de medicina no país. Vejam-se as respostas fornecidas pelo MEC naquela Nota Técnica:

i) *“Item 4: O estudo foi concluído antes da publicação do Edital nº 6, de 2014?”*

A definição dos critérios utilizados para habilitação das mantenedoras foi concluída e tornada pública antes da publicação do Edital nº 6, de 2015 [erro do original, uma vez que o Edital nº 6 é de 2014]. A metodologia para avaliação dos dados de sustentabilidade econômico-financeira dos projetos de implantação de cursos de medicina pelas Instituições de Ensino Superior foi apresentada em junho de 2015”.

77.1. Comentário: a pergunta não foi respondida. O estudo não foi concluído antes da publicação do Edital 6/2014, mas apenas em junho de 2015, no exato momento da divulgação do resultado do certame.

ii) *“As instituições que participaram do Edital nº 6, de 2015 [sic], tiveram acesso ao estudo e à metodologia?”*

Em dezembro de 2014, a Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior lançou uma Consulta Pública para apresentação de críticas e sugestões à proposta de Edital de Mantenedoras de Instituições de Educação Superior do sistema federal de ensino. A consulta pública da proposta de Edital de Mantenedoras constituiu uma fase anterior à publicação do edital para chamamento das mantenedoras interessadas na oferta do curso, com a finalidade de garantir a contribuição dos agentes interessados no processo.

Todas as informações necessárias para garantir a participação no chamamento

público, bem como os critérios a serem utilizados para análise da sustentabilidade financeira do projeto já se encontravam disponíveis desde a minuta de Edital submetida à Consulta Pública em dezembro de 2014, (...), tendo sido mantidas na versão final do Edital”.

77.2. Comentário: A minuta de edital disponibilizada em consulta pública não trazia a metodologia, mas apenas os índices que seriam utilizados. Isso se comprova a partir da leitura do Contrato 31/2015, celebrado em 22/04/2015 entre o MEC e a FGV: (i) a proposta apresentada pela FGV mencionava que a prestação de serviços tinha “por objetivo desenvolver metodologia e ferramental para a avaliação da sustentabilidade econômico-financeira das Instituições de Ensino Superior (...)” (grifo nosso); (ii) o contrato consignava que seu objetivo era “a elaboração de metodologia específica para a avaliação da sustentabilidade econômico-financeira e contábil das propostas de novos cursos de medicina (...)” (grifo nosso).

77.3. Claramente se percebe que, ao contrário do que foi afirmado à Câmara dos Deputados, a minuta de Edital submetida à consulta pública não fazia referência à metodologia que seria adotada, uma vez que esta nem sequer havia sido desenvolvida. Concluir de forma contrária equivaleria a afirmar que o MEC celebrou contrato para apresentação de objeto do qual já dispunha – sendo, nessa linha, desnecessária a contratação da FGV, o que conduziria inexoravelmente à instauração de tomada de contas especial pelo valor do contrato celebrado.

iii) O estudo e a metodologia fazem parte do Edital nº 6 de 2014?

O Edital nº 06/2014, no item 5.2 e Anexo I, traz, de forma detalhada, os critérios utilizados para análise da sustentabilidade econômico-financeira das mantenedoras para implantação do curso de Medicina.

77.4. Comentário: Como já demonstrado, o desenvolvimento da metodologia somente foi contratado *a posteriori*, sendo impossível que os competidores dela tivessem conhecimento quando da apresentação de suas propostas.

78. A divulgação dos efetivos critérios de habilitação constantes da Nota Técnica 1103/2015, de forma tardia, quando já haviam sido entregues e abertas todas as propostas: (i) constituiu porta aberta para manipulação dos resultados, mediante estabelecimento de valores e combinações de índices possivelmente capazes de favorecer competidores específicos; (ii) depôs contra a transparência do procedimento de seleção; (iii) impediu que a metodologia adotada fosse objeto de contestação na fase administrativa e de discussão nas audiências públicas.

79. Esgotada a análise sobre os procedimentos relacionados ao Edital 6/2014-Seres/MEC, passo a abordar outro ponto trazido nas representações.

Das possíveis inconstitucionalidades da Lei 12.871/2013 e do Edital 6/2014

80. A sistemática para autorização de funcionamento de cursos de Medicina introduzida pela Lei 12.871/2013, sintetizada nos itens 6 a 10 deste voto, buscou alinhar-se a uma planificação do governo federal que intenta reduzir a carência de médicos no

país, sobretudo em regiões mais desassistidas do interior. Nessa toada, impôs restrições às mantenedoras quanto às localidades em que serão autorizados novos cursos, uma vez que os limitou à demonstração da “necessidade social do curso para a cidade e para a região em que se localiza, demonstrada por indicadores demográficos, sociais, econômicos e concernentes à oferta de serviços de saúde, incluindo dados relativos à: (a) relação número de habitantes por número de profissionais no Município em que é ministrado o curso e nos Municípios de seu entorno; (b) descrição da rede de cursos análogos de nível superior, públicos e privados, de serviços de saúde, ambulatoriais e hospitalares e de programas de residência em funcionamento na região; (...)”.

81. Mais que isso, dispôs que até mesmo nas localidades selecionadas somente será autorizada a abertura de curso para a vencedora de processo seletivo.

82. Sem adentrar no mérito da política pública pretendida pela norma, é fácil perceber que ela estreitou – geográfica e numericamente – a atuação das Instituições de Educação Superior privadas.

83. O art. 209 da Constituição Federal estabelece que “*o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: (i) cumprimento das normas gerais da educação nacional; (ii) autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.*”

84. A moldura constitucional adotada pela Carta de 1988 manteve a estrutura dual que rege o sistema nacional de ensino, apoiado nos pilares das instituições diretamente mantidas pelo poder público e dos estabelecimentos de natureza jurídica privada, todos submetidos a uma mesma legislação federal que lhes confere uma padronização curricular mínima e uma unidade formal, em uma relação de complementaridade entre o setor público e o setor privado.

85. O art. 209 da CF reafirma, portanto, o princípio liberal que mantém o ensino superior livre à iniciativa privada, por direito próprio e não em decorrência de delegação estatal, em consonância com o art. 173 da Carta Magna, que atribui a exploração direta de atividade econômica à iniciativa privada, salvo quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Além disso, a prestação de serviços educacionais não se encontra dentre aqueles de titularidade da União fixados pelos arts. 176, 177 e 178 da Lei Maior.

86. Ao contrário, o art. 205 da CF disciplinou a educação como direito de todos e dever do Estado e da família, “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”. Ficou expresso, portanto, que, quanto maior o número de agentes envolvidos na promoção da educação, maior será o alcance do objetivo constitucional.

87. Essa complementariedade de ações se torna ainda mais desejada quando o foco é o ensino superior, uma vez que o dever do Estado com esse segmento da educação não alcança sua universalização e gratuidade, por força do art. 208 da Carta Magna.

88. O art. 209 da CF permanece regulamentado pelas Leis 9.394/1996 e 10.861/2004. A primeira – Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) – estabeleceu as normas gerais de educação nacional; a segunda, instituiu o Sistema Nacional de

Avaliação da Educação Superior – Sinaes.

89. No ano de 2006, o poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 7200/2006, que “Estabelece normas gerais da educação superior, regula a educação superior no sistema federal de ensino, (...)” e altera leis diversas. O Projeto foi apensado ao PL 4212/2004, o qual, por sua vez, foi apensado ao PL 4533/2012 (ambos alteram dispositivos da LDB). O PL 4533/2012 encontra-se paralisado desde 25/10/2012. Na ausência do pretendido estatuto, as normas gerais da educação a que se refere o art. 209 da CF continuam sendo as Leis 9.394/1996 e 10.861/2004.

90. Nos termos da LDB, consideram-se como privadas as instituições: particulares em sentido estrito, comunitárias, confessionais e filantrópicas.

91. Transcrevem-se, a seguir, por relevantes, os seguintes dispositivos da LDB:

“Art. 7º O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino;

II - autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público;

III - capacidade de autofinanciamento, ressalvado o previsto no art. 213 da Constituição Federal.”

Art. 9º A União incumbir-se-á de:

(...)

VII - baixar normas gerais sobre cursos de graduação e pós-graduação;

VIII - assegurar processo nacional de avaliação das instituições de educação superior, com a cooperação dos sistemas que tiverem responsabilidade sobre este nível de ensino;

IX - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino.

Art. 46. A autorização e o reconhecimento de cursos, bem como o credenciamento de instituições de educação superior, terão prazos limitados, sendo renovados, periodicamente, após processo regular de avaliação.

§ 1º Após um prazo para saneamento de deficiências eventualmente identificadas pela avaliação a que se refere este artigo, haverá reavaliação, que poderá resultar, conforme o caso, em desativação de cursos e habilitações, em intervenção na instituição, em suspensão temporária de prerrogativas da autonomia, ou em descredenciamento.

§ 2º No caso de instituição pública, o Poder Executivo responsável por sua

manutenção acompanhará o processo de saneamento e fornecerá recursos adicionais, se necessários, para a superação das deficiências.”

92. A LDB foi regulamentada pelo Decreto 5.773/2006, alterado pelo Decreto 8.754/2016, que: (i) reafirma em seu art. 9º que a “educação superior é livre à iniciativa privada, observadas as normas gerais da educação nacional e mediante autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”; (ii) prescreve, em seu art. 10, que “o funcionamento de instituição de educação superior e a oferta de curso superior dependem de ato autorizativo do Poder Público” e destaca, em seu § 10, que “os pedidos de ato autorizativo serão decididos com base no relatório de avaliação, nos índices e indicadores de qualidade e no conjunto de elementos de instrução apresentados pelas entidades interessadas no processo ou solicitados pela Secretaria em sua atividade instrutória.”

93. A complementariedade entre as instituições públicas e privadas de ensino superior de Medicina, reafirmada na CF de 1988 e na LDB, tem resultado em acentuado crescimento do número de IES privadas: em 1950, se deu a abertura da primeira escola privada de Medicina no país, quando então existiam, no Brasil, 14 escolas médicas; no ano de 1960, apenas quatro, dos 29 cursos existentes, eram privados; em 2000, o número de IES privadas que ofereciam cursos de Medicina já era superior ao número de instituições públicas. O gráfico a seguir, extraído do trabalho intitulado “*The privatization of medical education in Brazil: trends and challenges*” (Scheffer, Mário C. e Dal Poz, Mario R., in *Human Resources for Health*, December 2015, disponível em: <<https://human-resources-health.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12960-015-0095-2>> Acesso em: 15 jun 2016), demonstra essa evolução:

94. A Lei 12.871/2013, que criou o Programa Mais Médicos, não revogou ou alterou dispositivos das Leis 9.394/1996 e Lei 10.861/2004. Promoveu alterações apenas nas Leis 8.745/1993 (que “dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”) e 6.932/1981 (que “dispõe sobre as atividades do médico residente”). Não foram alteradas, portanto, as balizas que regulamentam o art. 209 da CF.

95. Nesse prisma, a livre iniciativa prevista no art. 209 da CF poderia ser exercitada por qualquer particular que viesse a atender às prescrições da LDB e da Lei 10.861/2004. Ocorre que a Lei 12.871/2013 criou novas condicionantes para esse exercício: (i) o estabelecimento da mantenedora somente em municípios previamente selecionados pelo MEC; (ii) sua participação em procedimento seletivo; (iii) o desenvolvimento obrigatório de carga horária de internato médico em atendimentos e serviços do SUS; (iv) o oferecimento de contrapartida pela utilização da estrutura de serviços, ações e programas de saúde públicos necessários para implantação e funcionamento do curso de Medicina.

96. Daí emanaria a inconstitucionalidade da Lei 10.861/2004 e, por conseguinte, do Edital 6/2014, ora em exame, uma vez que a livre iniciativa prevista no art. 209 estaria cerceada por norma que não atende às condições previstas em seus incisos.

97. A Seres/MEC defendeu que o princípio constitucional da livre iniciativa não pode ser considerado de forma absoluta, sendo relativizado pelos interesses sociais preponderantes na seara educacional. Citou Marcos Juruena Villela Souto para afirmar que “princípio da livre iniciativa não impede a imposição de limites e condicionamentos ao exercício de atividades econômicas, objeto da função regulatória normativa” e colecionou trechos de votos de ministros do STF favoráveis à ponderação dos valores constitucionais e à “regulação da atividade educacional privada”.

98. *Data maxima venia*, os precedentes trazidos pela Seres/MEC não se harmonizam com a situação ora em análise. De início, os votos de ministros do STF foram proferidos no âmbito das discussões travadas nas ADI 319, que discutiu a Lei 8.039/1990 (dispôs sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares) e ADI 3330, que tratou da MP 213/2004, convertida na Lei 11.096/2005 e que instituiu o Programa Universidade para Todos (ProUni). Naqueles, a relativização da livre iniciativa se deu, respectivamente, em homenagem à defesa do consumidor e à redução das desigualdades sociais, consagradas no art. 170 da CF que estabelece os princípios aplicáveis à ordem econômica.

99. A ordem econômica constitucional seria, nas palavras de André Ramos Tavares, “o conjunto de normas que realizam uma determinada ordem econômica no sentido concreto, dispondo acerca da forma econômica adotada” (*in* Direito Constitucional Econômico, 2^a ed., 2006).

100. A livre iniciativa, princípio fundamental da República Federativa do Brasil inscrito no art. 1º, IV, da Carta Magna, define o Brasil como um país que adota a economia de mercado, sendo-lhe inerente o princípio da livre concorrência. Segundo André Ramos Tavares, “livre concorrência é a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em seguimento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social” (*op. cit.*). A livre concorrência é a garantia da livre iniciativa.

101. É certo que a livre iniciativa não pode ser exercitada de forma absoluta, encontrando seus limites nos demais fundamentos e princípios constitucionais, em especial aqueles constantes do art. 170. Dinara de Arruda Oliveira, mencionando Celso Ribeiro Bastos, João Bosco Leopoldino da Fonseca e outros, ensina que o Estado intervém na ordem econômica de duas formas: (i) a primeira, quando age de forma direta, por intermédio de empresas públicas, sociedades de economia mista ou subsidiárias, pratica operações mercantis e atua como empresário; (ii) a segunda, como agente normativo e regulador da atividade econômica, nos termos do art. 174 da CF. A respeito, assinala: “Nesta modalidade, o Estado pode exercer a função de fiscalizador, agente regulador e, também, fomentador, ao constituir políticas econômicas, visando o combate ao abuso praticado pelo mercado econômico, que atinge frontalmente a dignidade da pessoa humana. Um exemplo de intervenção indireta ocorre quando o Estado atua por intermédio das Agências reguladoras, que visam a proteção dos princípios trazidos pela Constituição Federal, oportunizando-lhes a concretização efetiva.” (disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-intervencao-do-estado-na-ordem->

economica-e-a-constituicao-de-1988,33127.html> Acesso em: 15 jun 2016).

102. A regra estabelecida na Constituição Federal – e um dos princípios fundamentais da República – é a livre iniciativa, e, por conseguinte, a economia de mercado e a concorrência. Sua mitigação somente é legitimada em face de sua harmonização com os demais princípios que regem a ordem econômica que se encontram listados no art. 170 da CF.

103. A Lei 12.871/2013 traz como um dos fundamentos do Programa Mais Médicos a redução das desigualdades regionais na área da saúde. Resta analisar se esse fundamento possibilitaria a suavização do princípio da livre iniciativa.

104. O ministro do STF Luís Roberto Barroso, em exaustivo artigo intitulado “A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços” (disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-14-maio-2008-luis%20roberto%20barroso.pdf>> Acesso em: 15 jun 2016), ensina que o art. 170 da Constituição Federal apresenta dois *princípios fundamentais* – livre iniciativa e valorização do trabalho – e, ainda, “um conjunto de princípios setoriais que, em harmonia com esses, deverão conduzir a ordem econômica”. Os princípios setoriais, divididos em *princípios de funcionamento* e *princípios-fins*, são aqueles constantes de seus incisos I a IX. A redução das desigualdades regionais e sociais seria um *princípio-fim*. Em importante lição, destaca:

*“Uma última observação importante a ser feita a respeito dos princípios setoriais, em qualquer de suas categorias, é que nenhum deles – desde a meta de assegurar a todos existência digna, até o tratamento favorecido para as empresas nacionais de pequeno porte – poderá contrariar ou esvaziar os princípios fundamentais da ordem econômica, tal como positivados no caput do art. 170, ainda que lhes estabeleçam certo nível de restrições. Não se pode, sob o pretexto de realizar qualquer deles, eliminar a livre iniciativa ou depreciar o trabalho humano. Confirmando-se, sobre o ponto, Celso Antônio Bandeira de Mello, **in verbis**:*

‘Seria um verdadeiro absurdo, um contra-senso cabal, extrair do parágrafo de um artigo a outorga de poder para nulificar o que se contém em sua cabeça e em um de seus incisos; o disparate interpretativo seria particularmente inadmissível quando se sabe que o artigo e o inciso em questão (170 e seu inciso IV) apresentam-se, e de modo declarado, como sendo respectivamente, um dos ‘fundamentos da ordem econômica’ e um dos ‘princípios’ retores dela. Um fundamento constitucional que pudesse ser arredado por obra de legislação ordinária ou um princípio que esta pudesse menoscabar, a toda evidência, nada valeriam e o constituinte seria um rematado tolo se houvesse pretendido construí-los com tal fragilidade’.”

105. No mesmo artigo, assinala o ministro Barroso:

“Cabe ao Estado (...) a responsabilidade de implementação dos princípios-fins contidos no art. 170, sempre visando a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. No desempenho de tal atribuição, compete-lhe, por exemplo, levar a efeito programas que promovam a redução da desigualdade ou que

visem ao pleno emprego. Ao mesmo tempo, é dever do Estado, como agente da ordem econômica, criar mecanismos de incentivo que estimulem a iniciativa privada a auxiliar na consecução desses mesmos fins.

Nessa linha de raciocínio, é próprio do papel do Estado procurar influir legitimamente nas condutas dos agentes econômicos, através de mecanismos de fomento – incentivos fiscais, financiamentos públicos, redução da alíquota de impostos -, sem que possa, todavia, obrigar a iniciativa privada à adesão. De fato, nos termos do art. 174 da Carta em vigor, o Estado exercerá funções de incentivo e planejamento, ‘sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado’. Sobre o tema, vejam-se as manifestações precisas de Celso Antônio Bandeira de Mello e Marcos Juruena Villela Souto, respectivamente:

‘...com o advento da Constituição de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico – feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles – pode impor-se como obrigatório para o setor privado. É o que está estampado com todas letras, no art. 174. (...)

Em suma: a dicção categórica do artigo deixa explícito que, a título de planejar, o Estado não pode impor aos particulares nem mesmo o atendimento às diretrizes ou intenções pretendidas, mas apenas incentivar, atrair os particulares, mediante planejamento indicativo que se apresente como sedutor para condicionar a atuação da iniciativa privada’

‘Se o planejamento é determinante para o setor público, por força do princípio da livre iniciativa, é apenas indicativo para o setor privado; quer dizer, o planejamento da economia não obriga a empresa privada a atuar em áreas consideradas estratégicas, mas apenas a incentiva (sanções positivas) a colaborar com o desenvolvimento que vai proporcionar o bem-estar geral (surtem benefícios fiscais, subsídios, empréstimos facilitados, etc.).’”

...

Ao Estado, e não à iniciativa privada, cabe desenvolver ou estimular práticas redistributivistas ou assistencialistas. É do Poder Público a responsabilidade primária. Poderá desincumbir-se dela por iniciativa própria ou estimulando comportamentos da iniciativa privada que conduzam a esses resultados, oferecendo vantagens fiscais, financiamentos, melhores condições de exercício de determinadas atividades, dentre outras formas de fomento.”

106. A respeito deste ponto não pode ser acolhida a afirmação da Seres/MEC de que inexistente coerção dos particulares, sob o argumento de que sua participação seria “facultativa”. Em realidade, a adesão ao certame e às regras que lhes regem constitui condição *sine qua non* para que o ente privado possa exercer sua atividade; é um pré-requisito obrigatório. Não lhe é oferecida qualquer opção, uma vez que a negativa à “adesão” implica na inexistência da empreitada. No caso, não optar equivale a não existir. A ideia da existência de opção é, portanto, um sofisma.

107. Ademais, o cerceamento à livre iniciativa não estaria caracterizado por uma

suposta “coerção” de fazer (exigir que os particulares abram cursos em municípios pré-indicados), mas pela impossibilidade de que os particulares abram novos cursos de Medicina em todos os demais municípios que não aqueles expressamente indicados. Gizo, pela relevância do assunto: não será autorizada a abertura de curso de Medicina em nenhum município além daqueles pré-selecionados pelo MEC, nem a instalação de novo curso em município em que já haja um em funcionamento.

108. Transcrevo, a propósito e para dar exata dimensão desse ponto, excerto da Ata da Audiência Pública Seres 01/2013, que tinha por propósito “Divulgar os Novos Procedimentos para Autorização de Funcionamento de Curso de Medicina por Instituição de Ensino Superior Privada” (disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=13953-ata-audiencia-publica-seres-01-2013-pdf&Itemid=30192> Acesso em: 15 jun 2016):

“A palavra foi passada para o Senhor (...), representante da Universidade Mackenzie de São Paulo, que questionou o critério de seleção, no que concerne ao pressuposto de ser prevista apenas uma universidade por município, citando o exemplo de São Paulo, que possui 11 milhões de habitantes. A presidente da Audiência respondeu que, em princípio, só haverá apenas uma universidade por município”.

109. Nessa linha, o Edital 3/2013, de “pré-seleção dos municípios para implantação de curso de graduação em medicina por instituição de educação superior privada” e que resultou na edição da Portaria 646/20134, com a indicação dos municípios selecionados para o certame regido pelo Edital 6/2014, ora questionado, dispôs:

“3. DAS CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO

3.1 Na primeira etapa desta pré-seleção, serão analisadas a relevância e a necessidade social da oferta de curso de medicina no município. O município deverá atender, obrigatoriamente, aos seguintes critérios: a) ter 70 mil ou mais habitantes, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Censo 2012. b) não se constituir capital do Estado; c) não possuir oferta de curso de medicina em seu território.

(...)

10.4 A SERES, a seu critério, quando do chamamento público de Instituição de Educação Superior e com vistas a corrigir assimetrias regionais poderá priorizar os municípios: a) distantes, pelo menos 100 km, de curso de medicina pré-existente, exceto, os municípios com mais de 500 mil habitantes;”

110. Na mesma toada, o “Segundo Edital de chamamento público de municípios para implantação de curso de graduação em medicina por instituições de educação superior privadas”, de nº 01/2015 (cujo resultado ainda não foi homologado), trouxe regra semelhante, nos seguintes termos:

“2.2 Em obediência ao art. 1º, inciso I, da Lei no. 12.871, de 2013, e visando corrigir assimetrias regionais concernentes à proporção de médicos por habitantes, o perfil dos municípios pré-selecionados prevê o atendimento cumulativo aos seguintes

critérios:

I – não se constituem como capital de Estado;

II – não possuem oferta de curso de medicina em seu território ou na região de saúde;

III – possuem mais de 50.000 habitantes, (...);

IV – estão localizados nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste do território brasileiro;

V – estão localizados em Unidades da Federação – Ufs que, (...):

a) possuem relação vaga em curso de medicina por dez mil habitantes inferior a 1,34, considerando os cursos de medicina previstos no plano de expansão pública do Programa Mais Médicos (...);

b) possuem relação médicos por mil habitantes inferior a 2,7, (...);

VI – estão distantes, pelo menos, setenta e cinco quilômetros de local de curso de medicina pré-existente; de cursos de medicina previstos no plano de expansão pública do Programa Mais Médicos (...);

(...)”

111. Da leitura da referida Ata da Audiência Pública e dos editais acima transcritos, é perceptível a redução do espaço geográfico em que será autorizada a abertura de novos cursos de Medicina. A limitação imposta à livre iniciativa é clara: a iniciativa privada não será autorizada a abrir, por exemplo, um novo curso de Medicina em Volta Redonda/RJ, Joinville/SC, Marília/SP, Campina Grande/PB, Timon/MA, Parnaíba/PI, Brasília, São Paulo, Porto Alegre, Salvador ... ainda que vislumbrem a existência de mercado e de estrutura de serviços que o comportem.

112. Ao retornar à análise dos mecanismos postos à disposição do Estado para correção das desigualdades regionais, Barroso identifica três mecanismos de intervenção estatal no domínio econômico: a *atuação direta*, o *fomento* e a *disciplina*. E arremata:

“De outra parte, o Estado interfere no domínio econômico por via do fomento, isto é, apoiando a iniciativa privada e estimulando (ou desestimulando) determinados comportamentos, por meio, por exemplo, de incentivos fiscais ou financiamentos públicos. Esta é a modalidade própria de que se utiliza o Estado para atingir os princípios-fins da ordem econômica”.

113. Em seu magistério, a *disciplina* seria uma forma de intervenção que teria por propósito a “preservação e promoção dos princípios de funcionamento da ordem econômica” (grifo nosso). A *disciplina*, de forma diversa do que ocorre com o *fomento*, impõe comportamentos compulsórios, “mediante a edição de normas cogentes, cuja violação sujeita o infrator a uma sanção”. Em consequência, por meio da *disciplina* se operaria uma “retração lógica do espaço da liberdade de iniciativa, que não é um princípio absoluto”. Essa retração não seria verificada em decorrência da utilização do *fomento*, modalidade adequada para atingir os princípios-fins da ordem econômica,

dentre os quais a redução das desigualdades regionais.

114. De fato, a interpretação sistêmica do Texto Constitucional revela que o art. 170, VII, representa apenas uma fração do arcabouço constitucional completo que dispõe sobre a redução das desigualdades regionais:

(i) o art. 43 prevê ações articuladas da União em um mesmo complexo geoeconômico e social com vistas à redução das desigualdades regionais, inclusive mediante a criação de: (a) organismos regionais que executarão planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social; (b) incentivos regionais, a exemplo de juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias, isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais;

(ii) o art. 151 admite a concessão de incentivos fiscais pela União destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País;

(iii) o art. 159, I, destina percentual do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de fundos de desenvolvimento regional, com especial tratamento para o semiárido nordestino;

(iv) o art. 163, VI, assegura que a lei complementar regeadora das finanças públicas disponha sobre a compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional;

(v) o art. 165, § 7º, exige que os orçamentos (a) fiscal referente aos Poderes da União e os órgãos e entidades que os integram e (b) de investimento das empresas em que a União detenha a maioria do capital social com direito a voto tenham, entre suas funções, a de reduzir desigualdades inter-regionais;

(vi) o art. 174, § 1º, determina que a lei estabeleça as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, com a incorporação e compatibilização dos planos nacionais e regionais de desenvolvimento;

(vii) o art. 198, § 3º, II, prevê a necessidade de que lei complementar, reavaliada a cada cinco anos, estabeleça os critérios de rateio de recursos da União vinculados à saúde destinados às unidades da Federação objetivando progressiva redução das disparidades regionais;

(viii) o art. 218, § 2º, prescreve que a pesquisa tecnológica voltar-se-á para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

115. A respeito do princípio da redução das desigualdades regionais, anotou André Ramos Tavares (*op. cit.*):

“Sobre o conteúdo do princípio em apreço, tem-se que o mesmo impõe que o desenvolvimento econômico e as estruturas normativas (liberais) criadas para fundamentar o desenvolvimento econômico, devam estar voltados também para a

redução das desigualdades em todas as regiões do país, bem como ao desenvolvimento social. Para tanto, poder-se-á utilizar, especialmente de políticas públicas, como incentivos, buscando reduzir as diferenças entre as regiões e alcançar melhorias de ordem social”.

Portanto, a redução das desigualdades sociais é princípio que se relaciona com certas normas tributárias, como o imposto sobre as grandes fortunas, bem como de certas normas contemplativas de direitos sociais, como o salário mínimo, o direito à educação, à saúde, à alimentação, à moradia e outros, que exigem uma constante preocupação e atenção do Poder Público no sentido de promover-lhes a progressiva implementação”.

116. No mesmo sentido, Heleno Taveira Torres destacou que todo incentivo fiscal concedido sob amparo constitucional é legítimo, enquanto se nutre do desígnio de reduzir desigualdades e induzir o bem comum, como o desenvolvimento regional ou nacional (Incentivos Fiscais na Constituição e o Crédito-prêmio de IPI, *in* Direito Tributário Atual, n. 18, 2005).

117. Pelos fundamentos expostos, vê-se que o *princípio fundamental* da livre iniciativa não poderia ser relativizado em nome do atingimento do *princípio-fim* da redução das igualdades regionais, constituindo-se em violação da ordem jurídica para consecução da política pública pretendida.

118. Ao instituir a realização de procedimento seletivo para autorização de curso de Medicina nos municípios previamente indicados, a Lei 12.871/2013 afrontou, ademais, o princípio da livre concorrência, uma vez que cada certame indicará um único vencedor e esse terá o monopólio do curso de Medicina no espaço geográfico em que se inserir. E o espaço geográfico é maior que a área do próprio município, pois, especificamente em relação ao Edital 6/2014, o vencedor do certame terá a exclusividade de oferta do curso em um raio de 100 km, exceto em relação aos municípios com mais de 500 mil habitantes.

119. Para Sérgio Varella Bruna (*in* O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício, 1ª. ed., 2001), livre iniciativa e livre concorrência são dois princípios indissociáveis, já que:

[...] são, pois, princípios intimamente ligados. Ambos representam liberdades, não de caráter absoluto, mas liberdades regradas, condicionadas, entre outros, pelos imperativos de justiça social, de existência digna e de valorização do trabalho humano. Assim, o que a Constituição privilegia é o valor social da livre iniciativa, ou seja, o quanto ela pode expressar de socialmente valioso. Da mesma forma, a livre concorrência é erigida à condição de princípio da ordem econômica não como uma liberdade anárquica, mas sim em razão de seu valor social. A extensão de tais liberdades dependerá de sua análise conjugada com os demais objetivos e princípios, não só da ordem econômica mas da Constituição como um todo.

Desta forma, a consagração da livre iniciativa e da livre concorrência não exclui a atuação do Estado no domínio econômico, seja exercendo sua função de

agente normativo e regulador da atividade econômica (CF, art. 174), seja atuando com vistas à preservação da própria livre concorrência, como agente repressor dos abusos do poder econômico.”

120. O princípio da livre concorrência insculpido no art. 170, IV, da Constituição exige do Estado atuação para ampliar a economia de mercado e coibir abusos de poder econômico, uma vez que a livre concorrência não tolera o monopólio. A Lei 12.871/2013 e o Edital 6/2014 agem exatamente em sentido contrário, pois, ao incentivarem a existência de um único agente privado para prestação dos serviços, aniquilam o regime concorrencial de preços que rege a lógica empresarial.

121. Como mencionou o ministro Celso de Melo em voto proferido na ADI 319:

“O princípio da liberdade de iniciativa não tem, desse modo, caráter irrestrito e nem torna a exploração das atividades econômicas um domínio infenso e objetivamente imune à ação fiscalizadora do Poder Público.”

(...)

“A intervenção regulatória ou normativa do Estado encontra pleno suporte jurídico na própria Constituição da República, cujo art. 174 autoriza o Poder Público – enquanto agente normativo e regulador da atividade empresarial – a exercer, na forma da lei, funções de controle na ordem econômica, com o objetivo de reprimir o abuso do poder econômico de cuja prática, sempre inaceitável, resultem ou possam resultar a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, § 4º).”

122. Na mesma ADI 319, o ministro Sepúlveda Pertence mencionou Fábio Konder Comparato para assinalar:

“liberdade de iniciativa tem, sim, evidentemente, um papel central no bosquejo da ordem econômico-constitucional, em seu duplo sentido: seja como liberdade de acesso ao mercado, seja como garantia de livre atuação das empresas criadas, uma e outra inibindo que a interferência estatal abusiva impossibilite, não apenas juridicamente, mas também de fato, a criação ou a continuidade de empresas dedicadas a atividade econômica não monopolizada”.

123. Tem-se, pois, que a intervenção do Estado na ordem econômica, quando ocorre, deve se dar em prol dos consumidores, e não contra esses. Nesse sentido, aliás, é o art. 173, § 4º, da Constituição, ao prever que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Não se está, no caso concreto, diante de uma dicotomia na qual se encontram opostos os desígnios de lucro e de acumulação de riqueza da empresa, de um lado, e o acesso à educação, de outro. Ao contrário, sem a intervenção estatal em prol da seleção de uma única mantenedora de instituição de ensino, o acesso à educação continuaria a existir, mas não necessariamente sob uma ótica monopolista.

124. Na relação discutida nestes autos, a prestação monopolística de serviços se reveste de especial relevância, uma vez que a modicidade das mensalidades não foi fator

de avaliação considerado na pontuação das propostas. Ao contrário, a majoração dos valores das mensalidades é estimulada, na medida em que repercute positivamente na elaboração dos Planos de Negócios apresentados pelas mantenedoras, o que influencia positivamente seus demonstrativos de resultados.

125. Nesse sentido, e em oposição aos interesses dos consumidores, o Edital 6/2014, em consonância com o art. 3º, § 2º, da Lei 12.871/2013, exigiu das mantenedoras a apresentação de um “Plano de Contrapartida à Estrutura de Serviços, Ações e Programas de Saúde do SUS”. Considerando que a “contrapartida” integrará os custos da mantenedora, será incluída na formação de preços das mensalidades. O art. 3º, § 2º, da Lei 12.871/2013 foi regulamentado pela Portaria Normativa MEC 16/2014, que estipulou que a contrapartida contemplará as seguintes modalidades:

I – Formação para os profissionais da rede de atenção à saúde, nos termos do art. 35 da Resolução 03, de 02 de junho de 2014;

II – Construção e/ou reforma da estrutura dos serviços de saúde;

III – Aquisição de equipamentos para a rede de atenção à saúde;

IV – Pagamento de bolsas de Residência Médica em programas de Medicina de Família e Comunidade e, no mínimo, dois outros das áreas prioritárias (Clínica Médica, Pediatria, Cirurgia Geral, Ginecologia e Obstetrícia)”.

126. Esse texto foi integralmente reproduzido no Edital 6/2014, que estabeleceu ainda que o Plano de Contrapartida deveria conter “*a previsão de investimento na rede SUS, para os próximos 6 (seis anos), calculada no percentual entre 5% a 10% do faturamento anual bruto do curso de medicina*”.

127. A respeito da contrapartida, transcrevem-se trechos das “Perguntas e Respostas” à Audiência Pública Seres 02/2014 (disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=16415-seres-ap02-2014-perguntas-e-respostas&category_slug=setembro-2014-pdf&Itemid=30192> Acesso em: 15 jun 2016):

“7) A contrapartida a ser oferecida deverá contemplar todas as 4 (quatro) modalidades apresentadas na Portaria nº 16, de 25 de agosto de 2014?

Não. As 4 (quatro) modalidades disciplinadas na Portaria nº 16/2014 representam as formas possíveis de oferecimento de contrapartida. É importante ressaltar que o referencial para pontuação da proposta neste quesito do edital é um percentual do faturamento bruto do curso. Assim sendo, na proposta a ser apresentada ao MEC, a IES deve apenas indicar qual o percentual de faturamento bruto do curso pretende dispor COMO contrapartida ao longo dos 6 (seis) primeiros anos do curso. A escolha da modalidade de execução será feita pela IES vencedora do certame, no momento da adjudicação, em conformidade com o plano municipal de saúde (onde estão identificadas as necessidades da região) e em acordo com o gestor municipal. O ateste do cumprimento da contrapartida compete ao gestor local e seguirá a disciplina do Contrato Organizativo de Ação Pública Ensino-Saúde.

8) *Se a IES já oferece atendimento SUS em suas instalações, a construção e/ou ampliação desses espaços físicos e equipamentos para serviços de saúde do município poderão ser considerados como contrapartida da IES ao SUS?*

Não. Para que seja considerado como contrapartida é necessário que a construção e/ou ampliação seja feita em espaços públicos de propriedade da municipalidade ou regionalidade e estejam afetados à execução de atividades próprias da rede de saúde. Para maiores esclarecimentos, vide Portaria Normativa MEC n. 16, de 25 de agosto de 2014.

128. Vê-se, portanto, que, em uma espécie de inadequada concessão de serviço público, o investidor privado é obrigado a pagar pelo direito de exploração do serviço. A contrapartida caracteriza uma espécie de “doação” compulsória do particular ao público, como claramente se percebe da resposta oferecida pelo MEC à segunda pergunta transcrita no item anterior.

129. Também à semelhança do que se verifica nos contratos de concessão de serviços públicos, o Edital 6/2014, com espeque no § 3º do art. 3º da Lei 12.871/2013, exigiu que as mantenedoras apresentassem Garantia de Execução no valor de 10% do Plano de Infraestrutura da IES, previsto para os seis primeiros anos de funcionamento do curso. Ademais, incluiu cláusula prevendo a aplicação de multa de até 10% do valor do Plano de Infraestrutura da IES, no caso de inexecução total ou parcial da proposta.

130. Ainda que se considere a educação como um serviço público, tema deveras controvertido no campo doutrinário, ela se enquadrará na classificação dos serviços públicos não privativos, de titularidade tanto do Poder Público como dos particulares. Nessa senda, é certo que sua prestação pode ser efetuada pela iniciativa privada por direito próprio, e não por delegação estatal. É esse o entendimento de Eros Roberto Grau, que assinala, em artigo intitulado “Constituição e reforma universitária”, publicado no jornal Folha de São Paulo, edição de 23 de janeiro de 2005 (disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/ErosGrau/ArtigosJornais/784171.pdf>> Acesso em: 15 jun 2016):

“o que torna os serviços públicos não privativos distintos dos privativos é a circunstância de os primeiros poderem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização, ao passo que os últimos apenas poderão ser prestados pelo setor privado sob um desses regimes”.

131. O art. 209 da Carta Magna e as leis que o regulamentam – Leis 9.394/1996 e 10.861/2004 – não preveem qualquer tipo de pagamento, ainda que a título de contrapartida, como condição para prática de ensino pelas IES privadas.

132. A exemplo do que ocorre em diversas concessões, o valor oferecido como contrapartida foi, no Edital 6/2014, fator considerado no julgamento das propostas, computando 0,3 para cada ponto percentual do faturamento mensal do curso de medicina oferecido como contrapartida ao Sistema de Saúde local, até o limite máximo de 10% e mínimo de 5%. A pontuação máxima do item é igual a 3, o que representa 13,1% da pontuação máxima da etapa “Classificação das Propostas”.

133. Ainda sobre o assunto, a Lei 12.871/2013, ao tratar da autorização para funcionamento de curso de graduação em Medicina, estipula de forma genérica em seu art. 3º, § 2º, como já foi mencionado, que a instituição vencedora do certame utilizará os recursos do SUS locais, “mediante contrapartida a ser disciplinada por ato do Ministro de Estado da Educação”. Nada dispôs sobre o oferecimento de contrapartida também por aquelas instituições de ensino que já se encontram em funcionamento e já se utilizam da rede de serviços locais do SUS. Ao contrário, o § 4º daquele art. 3º expressamente consigna que o disposto naquele artigo “não se aplica aos pedidos de autorização para funcionamento de curso de Medicina protocolados no Ministério da Educação” até a data de publicação da lei.

134. Nos argumentos apresentados pelo MEC, a “contrapartida” se configuraria como a “estruturação adequada do campo de atuação e aprendizagem para os estudantes de medicina, de forma a garantir uma melhor formação dos profissionais da rede de atenção à saúde”. Em sua lógica, “é intuito que haverá um ônus inferior para as entidades privadas de ensino quando da utilização da rede pública de saúde com fins de capacitar seus estudantes, do que diante do cenário em que instituições de educação superior tenham que construir toda a infraestrutura de um hospital-escola com recursos próprios”.

135. Além dos demais questionamentos já lançados neste voto, indaga-se: se a contrapartida se configura como uma compensação pela utilização da rede do SUS por alunos das IES, não deveria ser exigida de todas as IES que se utilizam das redes do SUS, em todos os municípios do país, e não apenas pelas mantenedoras dos novos cursos autorizados?

136. Faz-se necessário, portanto, que o MEC, caso venha a manter essa exigência, estenda, em nome da isonomia e da coerência com os argumentos que levaram a sua criação, o pagamento da dita contrapartida também às mantenedoras dos cursos que já se encontram estabelecidos.

137. Indo além, anoto que se os valores são devidos pelos particulares em decorrência da utilização da rede de saúde pré-existente, deveriam ser valores pré-fixados, ao invés de deixados ao alvedrio dos competidores, que os fixam em percentuais variáveis de seus faturamentos brutos, em uma faixa que vai de 5% a 10%. A variação nos valores a serem “pagos” pelas mantenedoras, note-se, não ocorre apenas em decorrência do oferecimento de percentuais diferentes, mas também de suas estruturas e planos de negócios que, por serem distintos, podem apresentar faturamentos brutos significativamente díspares. Significa dizer que existe a possibilidade de que IES que se utilizem menos da estrutura de serviços do SUS venham a efetuar pagamentos a título de “contrapartida” em valores superiores àqueles feitos por outras IES (em outros municípios, logicamente, em face do monopólio estabelecido) que possuam receitas brutas inferiores.

138. A suposta “contrapartida”, portanto, não se caracteriza pela utilização efetiva da rede de saúde local, como alegado, mas ocorre como uma apropriação estatal de parcela do lucro (ou, mais exatamente, do faturamento bruto) das IES.

139. Não se trata, portanto, de mera contrapartida, como alega o MEC. Disso se

extrai a caracterização do custeio parcial de atividades do SUS por particulares, o que se revela sobretudo em face da realização, pelas mantenedoras, da “construção e/ou reforma da estrutura dos serviços de saúde” e da “aquisição de equipamentos para a rede de atenção à saúde”.

140. O § 1º do art. 198 da Constituição Federal prevê que “O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”. O art. 198 da CF foi regulamentado pela Lei 8.080/1990 que estabeleceu, em seu art. 32, que as outras fontes do SUS referidas no art. 198, §1º, são os recursos provenientes de: (a) serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde; (b) ajuda, contribuições, doações e donativos; (c) alienações patrimoniais e rendimentos de capital; (d) taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); (e) rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais.

141. Não se verifica, nesse conjunto de fontes, alguma que possa albergar a possível “contrapartida” oferecida pelas mantenedoras de IES: (i) não existe serviço prestado pela rede local; (ii) não se podem considerar os pagamentos efetuados pelas mantenedoras, de forma compulsória em decorrência de cláusulas contratuais, como ajudas, contribuições, doações e donativos; (iii) inexistem alienação patrimonial ou rendimentos de capital; (iv) não há caracterização de taxa ou emolumento, nos termos dos arts. 98, § 2º, e 145 da CF; (v) não existe fato gerador para cobrança de multa; (vi) não existe caracterização de um preço público, pois não decorre da prestação de serviço voluntariamente “adquirido” pelo usuário; (vii) não se assemelha ao conceito de renda eventual, até porque a eventualidade pressupõe a ocorrência de acontecimentos inesperados, casuais.

142. Não obstante, considero possível interpretar-se que a contrapartida introduzida pela Lei 12.871/2013 possa ser considerada como uma das “outras fontes” aludidas pelo § 1º do art. 198 da Carta Magna. Nesse sentido, admite-se que a Lei 12.871/2013 tenha alterado tacitamente a Lei 8.080/1990 para introduzir, em seu art. 32, essa nova modalidade de custeio, mormente considerando ambos os diplomas – Lei 8.080/1990 e Lei 12.871/2013 – possuem a mesma estatura.

143. Nessa seara, aceito a necessidade de que os particulares – no caso, as IES – ressarcam a Administração Pública pela efetiva utilização de suas instalações e pelos custos a ela associados. Não considero adequado que se possibilite que entes privados se utilizem gratuitamente de suas instalações, sobretudo quando se considera que: (i) essa utilização gera custos para o poder público; (ii) os particulares auferem receitas a partir dessa associação; (iii) o sistema de saúde público é notadamente deficitário e não pode prescindir de fontes auxiliares de receitas.

144. Concluo, assim, que a exigência de contrapartida para utilização dos recursos do SUS pelas mantenedoras de escolas de medicina, introduzida pela Lei 12.871/2013, criou nova modalidade de custeio do Sistema Único de Saúde, arcada por entidades particulares, mas não afronta o art. 198, § 1º, da Constituição Federal.

145. Apenas a título de esclarecimento, registro que não mais existe a possibilidade de que as IES desenvolvam cursos de Medicina sem utilização do SUS, uma vez que a Lei 12.871/2013 obrigou, em seu art. 4º, § 1º, que pelos menos 30% da carga horária do internato médico na graduação sejam desenvolvidas na Atenção Básica e em Serviço de Urgência e Emergência do SUS.

146. A respeito, pondero que legislador constituinte concebeu um sistema jurídico-operativo baseado na complementariedade de ações, tanto no campo da educação como também da saúde. Isso se expressa claramente, além de outros, nos arts. 197 e 209 da Carta Magna. Em harmonia, o art. 199, § 1º, da CF admite a participação de instituições privadas no SUS, mas não as obriga a fazê-lo.

147. Nesse arcabouço jurídico-constitucional, não vislumbro possibilidade de exigir que as IES, legitimamente constituídas e constitucionalmente autorizadas a ministrar cursos, precisem associar-se a unidades de saúde – públicas ou privadas – que integrem o SUS para que possam desenvolver suas ações de internato. Alijam-se do processo ensino-aprendizagem eventuais centros de excelência médica não participantes do SUS.

148. Trata-se de ação negativa, porque imposta, e que poderia ser melhor estimulada se fosse de adesão facultativa, com contagem positiva de pontos na avaliação de cursos a que se refere a Lei 10.861/2004, em consonância com a regulamentação das exigências referidas no art. 209 da CF.

Considerações finais sobre o Programa Mais Médicos

149. O TCU já se debruçou, em mais de uma oportunidade, em análises sobre o Programa Mais Médicos. O maior trabalho realizado a respeito é a auditoria operacional constante do TC 005.391/2014-8, relatada pelo ministro Benjamin Zymler, que deu origem ao acórdão 331/2015 – Plenário. Naquele trabalho, no entanto, não foram avaliadas as questões discutidas nestes autos. A respeito, o voto do relator destacou, já em seu preâmbulo, que os *“eixos do Programa Mais Médicos, consistentes na reordenação da oferta de cursos de medicina e das vagas para residência e no estabelecimento de novos parâmetros para a formação médica, têm caráter reformador e mais abrangente, devendo ser implementados a médio e longo prazo”*, o que constituía limitação ao escopo daqueles trabalhos.

150. De igual forma, o STF já se manifestou a respeito do Programa Mais Médicos nas ADI 5035 e 5037, impetradas contra a MP 621/2013. Naqueles questionamentos, não foram abordadas as supostas inconstitucionalidades trazidas a estes autos. A ADI 5035 discutiu as seguintes arguições: (a) violação do princípio constitucional do concurso público; (b) imposição de servidão civil aos estudantes do curso de Medicina; (c) limitação territorial do exercício da profissão; (d) impossibilidade de medida provisória regular matéria relativa à nacionalidade, cidadania e orçamento. A ADI 5037, além de algumas matérias discutidas na ADI 5035, enfrentou as seguintes questões: (a) precarização nas relações de trabalho; (b) exercício ilegal da Medicina e necessidade de revalidação do diploma; (c) necessária proficiência na língua portuguesa; (d) violação do

princípio da autonomia universitária.

151. O Programa Mais Médicos buscou atacar uma realidade histórica: a deficiência de médicos em diversos municípios brasileiros. Adotou, para tanto, uma série de medidas, dentre elas algumas voltadas à formação de profissionais da área médica. Algumas das premissas adotadas pelo MEC que nortearam a adoção das medidas implantadas podem, no entanto, ser questionadas.

152. Contrariamente ao que afirma a Seres/MEC, a política educacional implantada não traz expansão de mercado para oferta de cursos de Medicina. Na melhor das hipóteses, se presta apenas a promover uma redistribuição na oferta dos cursos, com sua interiorização. No que se relaciona aos números nacionais, a política de autorização de funcionamento de cursos exclusivamente em municípios pré-selecionados tem o potencial de restringir a oferta, uma vez que os grandes centros – onde se situam os maiores mercados e as maiores rendas, necessárias para pagamento das mensalidades de cursos médicos – estarão alijados do processo.

153. Neste sentido, saliento que o processo de interiorização dos cursos, na forma pretendida, poderá ocasionar um “nivelamento por baixo” na proporção de médicos para as necessidades da população, uma vez que, contrariamente ao que se imagina, não existe saturação no mercado de médicos em praticamente nenhum local do Brasil. A respeito, transcrevo trecho constante do documento intitulado “Programa Mais Médicos – Dois Anos: Mais Saúde Para Os Brasileiros”, da Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação em Saúde (disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/programa_mais_medicos_dois_anos.pdf> Acesso em: 15 jun 2016):

“Além de o Brasil apresentar uma proporção insuficiente de médicos para as necessidades da população, esses profissionais estão mal distribuídos no território. Das 27 unidades da Federação, 22 estão abaixo da média nacional, sendo que 5, todas nas regiões Norte e Nordeste, têm o indicador de menos de 1 med./1.000 hab. O Estado de São Paulo, o mais rico da Federação e com a terceira melhor proporção nacional de médicos (2,49 med./1.000 hab.), tem apenas 6 de suas 17 Regionais de Saúde com média acima da nacional.

(...)

Sabe-se que o número de médicos por habitante do Brasil está abaixo de outros países, bem como da média dos países da OCDE, que é de 3,2. Ao mesmo tempo, não existe parâmetro que estabeleça uma proporção ideal de médico por habitante reconhecido e validado internacionalmente. Recomenda-se analisar a situação de cada país conforme suas diversas características, a exemplo do modelo assistencial adotado. Uma referência usada para o Programa Mais Médicos foi a meta de 2,7 médicos por 1.000 habitantes, que é a proporção encontrada no Reino Unido, país que, depois do Brasil, tem o maior sistema de saúde público de caráter universal orientado pela Atenção Básica. Para atingir esse número em 2013 seriam necessários mais 168.424 profissionais”.

154. Dados extraídos do mesmo documento revelam que apenas duas unidades da

federação apresentam uma relação superior à média dos países da OCDE: o Distrito Federal e o Rio de Janeiro, que contam, respectivamente, com 3,46 e 3,44 médicos por grupo de mil habitantes. Se for observada a meta de 2,7 médicos por 1.000 habitantes pretendida pelo Programa Mais Médicos, constata-se que todos os demais estados se apresentam deficitários, como demonstra a tabela a seguir:

Região	Estado	Médico por 1.000 hab.
Norte	Roraima	1,21
	Tocantins	1,08
	Amazonas	1,06
	Rondônia	1,02
	Acre	0,94
	Pará	0,77
	Amapá	0,76
Nordeste	Pernambuco	1,39
	Sergipe	1,30
	Rio Grande do Norte	1,23
	Paraíba	1,17
	Alagoas	1,12
	Bahia	1,09
	Ceará	1,05
	Piauí	0,92
	Maranhão	0,58
Centro-Oeste	Distrito Federal	3,46
	Mato Grosso do Sul	1,54
	Goiás	1,45
	Mato Grosso	1,10
Sudeste	Rio de Janeiro	3,44
	São Paulo	2,49
	Espírito Santo	1,97
	Minas Gerais	1,81
Sul	Rio Grande do Sul	2,23

Santa Catarina	1,69
Paraná	1,68

155. Por outro lado, assinalo que os esforços envidados pelo MEC na regulação da oferta de vagas em cursos de Medicina para promover sua interiorização não implica regulação e controle do mercado de trabalho dos profissionais formados. O documento já referido, produzido pela Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação em Saúde, afirma que, nos últimos dez anos, as escolas médicas do país, em seu conjunto, foram capazes de suprir apenas 65% da demanda por médicos no país: “De 2003 a 2012 o mercado de trabalho abriu 143 mil novas vagas de emprego médico formal (não estão incluídos nesta conta os contratos informais), mas as escolas médicas formaram apenas 93 mil médicos no mesmo período. Um déficit acumulado de 50 mil médicos”. É esperado que os novos médicos, ainda que formados em cidades do interior do país, façam suas escolhas profissionais pautados pelas leis de mercado, em busca não apenas das melhores remunerações, mas também de condições favoráveis de trabalho – incluindo-se estruturas e equipamentos disponíveis – e de vida. Sob esse prisma, e considerando-se a existência de déficits de médicos também em regiões mais favorecidas e em grandes centros, não se pode descartar a existência de uma migração desses futuros novos profissionais, no exercício de seu direito de ir e vir.

156. Ao valer-me da teoria econômica que explica os movimentos dos mercados, concebo que essa possível migração somente deixará de existir quando a demanda por novos profissionais e a oferta para sua formação for tratada em sua forma integral, ou seja, quando o total de profissionais formados em todo o país for igual ou superior ao número de profissionais demandados pela sociedade.

157. A política pública adotada, no entanto, não enfrenta essa questão e atua em sentido oposto, na medida em que, como já afirmei, cria cláusulas de barreira diversas que restringem, dificultam ou mesmo impedem a abertura de novos cursos de Medicina.

158. Por fim, registro que o Secretário de Regulação e Supervisão da Educação Superior remeteu expediente a este Tribunal para informar que a Seres divulgou novo processo de seleção de municípios para implantação de cursos de Medicina, por meio do Edital 01/2015. A respeito, anotou que “embora constituam procedimentos operacionalmente distintos, a seleção dos municípios e a posterior seleção das instituições de educação superior que ofertarão os cursos de Medicina integram uma mesma ação, razão pela qual (...) optou por suspender administrativamente a divulgação do resultado do Edital 01/2015, (...)”. E concluiu: “O Edital 06/2014 restou suspenso [por este Tribunal] por motivos diversos daqueles referentes à suposta inconstitucionalidade da Lei 12.871/2013. Contudo, em razão do debate de viés constitucional da referida normativa perante esse Tribunal e para não ferir os procedimentos em curso, solicita-se manifestação expressa de Vossa Excelência quanto à possibilidade de a SERES proceder à divulgação do resultado do Edital 01/2015 que seleciona municípios para a implantação e funcionamento de cursos de Medicina”.

159. Trata-se de consulta acerca de procedimento administrativo a ser adotado pelo jurisdicionado em caso concreto, de sua exclusiva competência e responsabilidade. Não cabe ao Tribunal, pois, dizer o que deve ou não deve ser feito. Não obstante, há que se considerar que, em razão das diversas vicissitudes destacadas, a sistemática que

orientou o Edital 01/2015 e os eventuais atos que dele decorrerão estará eivada de vícios.

160. De qualquer forma, considero suficiente que se remeta àquele Secretário cópia do acórdão que vier a ser proferido e do voto que o fundamenta, que apresentará subsídios suficientes para melhor decidir a respeito da questão.

Ante o exposto, considerando as irregularidades constantes do Edital 6/2014 e as inconstitucionalidades apontadas, voto por que seja adotado o acórdão que submeto à apreciação deste Colegiado:

“9.1. conhecer da representação e considerá-la procedente;

9.2. confirmar a cautelar concedida em 09/10/2015 e assinar prazo de 15 (quinze) dias para que a Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação (Seres/MEC) adote providências para anular o chamamento público referente ao Edital 6/2014, em vista da:

9.2.1. alteração indevida de termos do Edital 6/2014-Seres/MEC (item 6.6.3.1.2), modificando prazo previsto originalmente para a apresentação de documentação de habilitação, sem a devida edição de ato administrativo, em afronta aos princípios da legalidade, da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório;

9.2.2. ausência em edital elaborado com base no art. 3º da Lei 12.871/2013 de todos os critérios de aprovação e julgamento de documentos e propostas a serem apresentados, em afronta aos arts. 3º e 45 da Lei 8.666/93;

9.2.3. ausência de justificativas, no processo administrativo referente a edital elaborado com base no art. 3º da Lei 12.871/2013, para a adoção de metodologia original em relação a índices de plano de negócios e da capacidade econômico-financeira dos participantes, em afronta ao art. 31, § 5º, da Lei 8.666/93;

9.3. dar ciência desta deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentaram, à Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação (Seres/MEC) e às representantes;

9.4. remeter cópia deste acórdão e do voto que o fundamenta ao Procurador-Geral da República, em face das competências previstas nos arts. 103, inciso VI, e 129, inciso IV, da Constituição Federal.”

TCU, Sala das Sessões, em 6 de julho de 2016.

ANA ARRAES
Relatora

VOTO REVISOR

Louvo o trabalho realizado pela Ministra Ana Arraes. Seu voto faz análise percuciente acerca de todo arcabouço fático-jurídico que circunda o Edital 6/2014 da Secretaria de Regulação da Educação Superior, do Ministério da Educação (Seres/MEC), com fundamento no art. 3º da Lei 12.871/2013 (Programa Mais Médicos), destinado a selecionar mantenedores de Instituições de Ensino Superior (IES), com vistas à instauração de cursos de Medicina em 39 municípios pré-selecionados e indicados naquele instrumento convocatório.

2. Sua Excelência manifesta-se pela inconstitucionalidade da Lei 12.871/2013 por colidir com o princípio da livre iniciativa insculpido no art. 209 da Constituição Federal. A ilustre relatora considera que o cerceamento à livre iniciativa estaria evidenciado pela impossibilidade de os particulares abrirem novos cursos de Medicina em municípios que não aqueles expressamente indicados pelo MEC, ou em município no qual já haja curso em funcionamento.
3. Defende, também, que a Lei 12.871/2013, ao limitar a um único agente privado a prestação dos serviços em determinada localidade, coloca em xeque o regime concorrencial de preços que rege a lógica empresarial, violando assim o princípio da livre concorrência a que alude o art. 170, IV, da Lei Maior.
4. Com as devidas vênias à nobre relatora, considero temerário esta Corte de Contas manifestar-se, neste momento, acerca da constitucionalidade do art. 3º da Lei 12.871/2013. Isto porque a matéria está sendo apreciada pelo colendo Supremo Tribunal Federal por meio da ADI 5.037/2013, de relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio Mello. Importa registrar que a mencionada ação visa a atacar justamente, entre outros o art. 3º da 12.871/2013, consoante pode-se depreender do excerto a seguir transcrito do Parecer 3.452/2014-ASJCONST/SAJ/PGR, de lavra do Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros:

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada contra a Medida Provisória 621, de 8 de julho de 2013, que institui o Programa Mais Médicos e dá outras providências. A impugnação volta-se especificamente **contra os arts. 3º a 11, 13 e 14**, transcritos a seguir: (grifos acrescidos)

5. O parecer do douto Procurador-Geral foi emitido em atenção ao art. 12 da Lei 9.868, de 1999, cuja conclusão, por elucidativa, permito-me transcrever:

Ante o exposto, o parecer é pelo não conhecimento da ação ou, caso conhecida, pela improcedência total do pedido, **declarando-se a constitucionalidade** da Lei 12.871, de 22 de outubro de 2013, oriunda da conversão da Medida Provisória 621, de 8 de julho de 2013. (grifos acrescidos)

6. Dessa forma, não me parece apropriado, a despeito do princípio da independência das instâncias e do preconizado na Súmula 347 do STF, que esta Corte se pronuncie pela inconstitucionalidade da norma, quando se tem ação específica correndo no Supremo Tribunal Federal, em que o parecer do Ministério Público é pela sua constitucionalidade.
7. Sabe-se que o Poder Judiciário só pode agir quando provocado, mesmo nos casos de controle de constitucionalidade, de forma que o Supremo Tribunal Federal só pode atuar em face da apresentação, pelo interessado, de uma petição Inicial formal, fundamentada nos arts. 102, e seguintes da Constituição Federal, contendo todos os dispositivos da lei cuja constitucionalidade se pretenda ser apreciada, bem como os seus fundamentos jurídicos.
8. No entanto, embora o STF esteja vinculado ao pedido, essa vinculação não se impõe como regra em relação aos seus fundamentos ou à causa de pedir, o que significa dizer que a Corte é livre para declarar a inconstitucionalidade da norma não apenas pelos motivos indicados pelo impetrante da ação, mas também, poderá fazê-lo com base em qualquer outro fundamento que seus membros reputarem existente.
9. Assim, ainda que não haja consonância entre os motivos apresentados pela nobre relatora com as causas de pedir existentes na ADI 5.037/2013, caso o Supremo Tribunal Federal venha a se manifestar pela improcedência da ação, o art. 3º da lei 12.871, de 2013, será, ante o efeito dúplice da ação direta de inconstitucionalidade, considerado constitucional frente toda a constituição e não somente em contraponto com os motivos aduzidos na inicial da ação.
10. Peço vênias, também, para discordar do desfecho alvitrado por S. Ex^a para os procedimentos decorrentes do Edital Seres/MEC 6/2014. Acompanho a unidade técnica quando esta propõe a sua continuidade, em caráter excepcional, de modo a prestigiar a segurança jurídica e evitar impactos imediatos negativos à administração pública, em decorrência do eventual desfazimento, em definitivo, de todas as ações praticadas pelos agentes públicos envolvidos. As circunstâncias existentes, mormente os dispêndios já realizados na construção de unidades hospitalares nos municípios contemplados pelo chamamento instaurado por meio do Edital 6/2014, que, segundo representantes desses municípios, ultrapassam, em certos casos, a R\$ 12.000.000,00, são deveras relevantes para se autorizar o prosseguimento do feito. Registre-se, por oportuno, que essas unidades hospitalares devem conter, por força do art. 3º, § 1º, inciso II, da Lei 12.871/2013, no mínimo, os seguintes serviços, atenção básica, urgência e emergência, atenção psicossocial, atenção ambulatoriais especializada e hospitalar e vigilância de saúde.
11. A despeito dessas ponderações, permito-me trazer breve considerações acerca do próprio certame licitatório.
12. É fora de dúvida que a Nota Técnica 1.103/2015-Seres/MEC, a qual

estabeleceu os critérios (parâmetros) de avaliação dos indicadores definidos no Edital 6/2014 para aferir a capacidade econômico-financeira das participantes do chamamento público, foi publicada somente após o resultado provisório do certame, fato que constitui sim violação ao princípio do julgamento objetivo, insculpido no art. 45 da Lei 8.666/1993, abaixo transcrito:

Art. 45. O **juízo** das propostas será **objetivo**, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os **critérios previamente estabelecidos no ato convocatório** e de acordo com os **fatores exclusivamente nele referidos**, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. (grifei)

13. Com efeito, o Edital 6/2014 previu a adoção de 6 (seis) indicadores econômico-financeiros, classificados como principais e suplementares, mas somente por meio da Nota Técnica 1.103/2015 foram divulgadas “categorias” ou “faixas de valores” para os aludidos índices, sob os títulos “mínimo”, “modesto”, “intermediário”, “significante”, “agressivo” e “altamente alavancado”, com arrimo em metodologia concebida pela FGV Projetos.
14. Em apertada síntese, retomando o conteúdo do art. 45 da Lei 8.666/93, é forçoso concluir que o Edital 6/2014, no que tange à capacidade econômico-financeira das participantes, definiu “fatores” (no caso, indicadores) a serem avaliados, sendo omissos, no entanto, acerca dos “critérios” que seriam utilizados nessa avaliação. Por outro lado, é importante frisar que não há nos autos informação de que tal omissão tenha sido objeto de impugnação logo após a publicação do instrumento convocatório, tampouco tenha sido arguida, à época, a própria legitimidade dos indicadores eleitos.
15. Para a Ministra Ana Arraes, a divulgação dos efetivos critérios de habilitação constantes da Nota Técnica 1.103/2015, de forma tardia, quando já haviam sido entregues e abertas todas as propostas, “**constituiu porta aberta para manipulação dos resultados**, mediante estabelecimento de valores e combinações de índices capazes de favorecer competidores específicos”.
16. Não obstante a incerteza quanto ao efetivo benefício a participantes do certame, S. Ex^a defende a anulação do chamamento público referente ao Edital 6/2014. Todavia, é importante ressaltar que **não foi objeto de análise deste Tribunal** se os critérios estabelecidos na Nota Técnica 1.103/2015 seriam, ou não, adequados (razoáveis) para avaliar a capacidade econômico-financeira das participantes da disputa e o consequente atendimento ao interesse público. Cumpre ressaltar, por oportuno, que esses critérios foram aplicados indistintamente a todas as instituições que participaram do certame.
17. Compulsando a jurisprudência do TCU, identifiquei situações em que parâmetros para aferição de indicadores de índole econômico-financeira foram tidos por esta Corte como desarrazoados – ou tiveram confirmada a sua razoabilidade –, mas sempre com base em informações fidedignas extraídas previamente do próprio mercado em que se inseria o objeto da licitação. A título

de exemplo, destaco os Acórdãos 1.917/2003-TCU-Plenário e 1.899/2006-TCU-Plenário, com os respectivos excertos abaixo transcritos:

Acórdão n.º 1.917/2003 – Plenário:

[...] alegaram os responsáveis que a fixação do índice visou a garantir a consecução do contrato e a possibilitar a competitividade. Aduziram, ainda, que, previamente à fixação do valor do índice, foi realizada pesquisa nas outras concorrências realizadas pelo DNIT, identificando-se um patamar de 30 empresas de construção pesada que estavam endividadas em até 20% de seu capital com terceiros. Além disso, apresentam cópia de publicação da Gazeta Mercantil onde se verifica pelo menos 20 empresas do ramo com grau de endividamento inferior a 0,20.

[...] **a existência de grande quantidade de empresas que atenderiam o requisito em foco milita a favor da razoabilidade da exigência, além de afastar a hipótese de direcionamento da licitação. Ademais, não existem nos autos parâmetros objetivos que permitam concluir pela incompatibilidade (ou desproporcionalidade) do valor do índice exigido com a garantia de saúde financeira da licitante para o cumprimento do objeto contratual específico.**
(grifei)

18. No caso concreto, apesar de não ter havido conhecimento prévio dos critérios utilizados para avaliação dos indicadores, critérios esses divulgados tão somente mediante a Nota Técnica 1.103/2015, é imperioso reconhecer que eles resultaram de metodologia produzida pela FGV Projetos, não havendo nos autos comprovação de que o trabalho desenvolvido por esta instituição tenha efetivamente comprometido a obtenção das melhores propostas.
19. Tem-se ainda nos autos, segundo a ministra-relatora, informação de que teria havido mudança no critério de julgamento previsto no item 6.5.1 do Edital 6/2014. Nos termos originais, somente seriam analisadas as propostas das cinco melhores pontuadas nos critérios “habilitação da mantenedora” e “experiência regulatória da mantenedora e da mantida indicada”. A alteração procedida permitiu que todas as propostas fossem analisadas e pontuadas, sendo possível – novamente em tese – que uma concorrente que não se encontrasse entre as cinco melhores classificadas naquelas etapas tivesse obtido nota elevada em sua proposta e se sagrasse vencedora do certame.
20. Apesar de reconhecer que tal procedimento não está em perfeita harmonia com a Lei 8.666/93, não se pode olvidar que, do ponto de vista prático, a mudança acabou propiciando maior valoração da etapa “análise e classificação das propostas”, a qual abarca a avaliação do projeto pedagógico do curso, do plano de formação e desenvolvimento da docência, do plano de infraestrutura da Instituição de Educação Superior (IES), do plano de contrapartida à estrutura de serviços, ações e programas de saúde do SUS, do plano de implantação de residência médica e do plano de oferta de bolsas para alunos. Com essa mudança, entendo que o conteúdo das propostas passou a ter tanta relevância quanto a habilitação e a experiência regulatória das mantenedoras, o que vejo como um

aspecto positivo, a despeito da não observância das formalidades exigidas pela Lei 8.666/1993 em casos desse jaez.

21. Ainda que a eminente relatora pondere que os critérios definidos pela Nota Técnica 1.103/2015-Seres/MEC tiveram a capacidade de impactar o resultado final do chamamento público, o resultado preliminar obtido revela, na prática, um perfil diversificado de mantenedoras e dos tipos de propostas a serem implementadas pelas instituições de ensino superior. Segundo memorial apresentado pela Seres, das 36 propostas classificadas em primeiro lugar, 21 foram apresentadas por instituições com fins lucrativos e 15 por instituições sem fins lucrativos, das quais 7 seriam comunitárias e/ou filantrópicas. No que diz respeito às empresas com fins lucrativos (21), não há elementos nos autos que indiquem favorecimento a determinados grupos econômicos. Esses fatos, a meu ver, indicam não ter havido favorecimento ou preferência por determinado tipo de instituição, bem como não restou demonstrado prejuízo à isonomia, à diversidade e à competitividade do processo seletivo.
22. Dito isso, entendo que o Tribunal, ao decidir sobre matéria tão relevante, deve sobretudo considerar se os vícios detectados no processo licitatório são suficientes para que se determine a anulação do referido chamamento público, com os ônus dela decorrentes. Na esteira do que sustenta a SecexEducação, entendo que não, devendo o princípio da supremacia do interesse público prevalecer na situação em tela, mormente porque as irregularidades constatadas não geraram, comprovadamente, prejuízos efetivos ao interesse público.
23. O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade requer o equilíbrio entre os meios e os fins, ou seja, entre as medidas administrativas e seus objetivos, tendo em vista sempre o atendimento ao interesse público. Por este princípio, a atuação do poder público não pode ocasionar um dano maior do que aquele que objetiva combater com a medida administrativa.
24. A anulação do chamamento público referente ao Edital 6/2014 opor-se-ia também ao princípio da eficiência, que visa à obtenção do melhor resultado com a utilização racional dos meios. No caso em tela, não há a mínima certeza de que o resultado da licitação sofreria grande alteração se fosse novamente processada sua fase de habilitação.
25. Na esteira da SecexEducação, “a divulgação dos critérios de habilitação posteriormente à publicação do Edital 6/2014 não gera, por si só, fundada suspeição quanto à lisura do procedimento licitatório. Ademais, a anulação do certame sem que o TCU tenha formado convicção acerca da regularidade e legitimidade dos critérios da Nota Técnica 1.103/2015 não traria efeitos práticos, na medida em que, muito provavelmente, não alteraria o resultado final da análise efetuada pela Seres/MEC realizada a partir das demonstrações financeiras referentes a exercícios já concluídos”.
26. Outrossim, a anulação do chamamento público terá como consequência o

atraso, na abertura de novos cursos de Medicina e, por conseguinte, o atraso na disponibilização de profissionais formados e capacitados para atender à demanda da sociedade. Não se pode olvidar que, a prevalecer o entendimento da Ministra Ana Arraes, a anulação do Edital 6/2014 seria decorrência lógica da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 12.871/2013, restando inviabilizada, até a edição de nova lei disciplinando a sistemática de autorização para funcionamento dos cursos de Medicina, a criação de novos cursos no país, traduzindo-se em ônus insuportável a populações já tão carentes de assistência médica. Nesse sentido, concluo pela presença do perigo da demora reverso.

27. Cumpre registrar que o presente chamamento público já se arrasta por quase 3 anos, porquanto o primeiro chamamento para a participação do certame ocorreu em outubro de 2013. De lá para cá, foram realizadas duas audiências públicas, uma em fevereiro de 2014 e outra em setembro do mesmo ano, ocasião em que foi franqueada oportunidade para apresentação de críticas e sugestões ao certame. Importante mencionar que em nenhum desses momentos a questão da sustentabilidade financeira foi levantada. Assim, suspender ou anular todos os procedimentos até aqui realizados pelo Ministério da Educação implicaria prejuízo de mais de dois anos para o início do programa. Somando-se, portanto, o tempo até aqui despendido com o necessário para a realização de novo chamamento público, chega-se próximo ao período necessário para a formação de novos médicos.
28. Considerando então: (i) que não se mostra aconselhável a anulação do Edital 6/2014 tendo em vista a urgência da implementação de ações que visem a suprir a carência de médicos em muitos municípios do Brasil; (ii) que não há elementos nos autos que permitam concluir que os vícios detectados no Edital 6/2014 deram ensejo a manipulação de resultados, a vantagens a determinados licitantes, a restrição à competitividade ou mesmo impactaram significativamente os resultados do certame; e (iii) as dificuldades advindas do ineditismo da seleção empreendida pela Seres/MEC para a autorização de cursos de graduação em Medicina, proponho a revogação da cautelar com a consequente continuidade do certame em caráter excepcional, em favor do interesse público, na esteira do que propugna a SecexEducação.

Ante o exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 20 de julho de 2016.

Ministro VITAL DO RÊGO

Revisor

VOTO COMPLEMENTAR

Compreendo perfeitamente as preocupações externadas pelo ministro Vital do Rêgo que, com sua veia humanista, busca encontrar solução para um problema de inegáveis contornos sociais.

Gostaria de registrar que comungo das preocupações de Sua Excelência.

Não obstante, considero que as questões relacionadas a este processo, detalhadas em meu voto, são intransponíveis e não aconselham que este Tribunal consinta com a continuidade do certame.

De toda forma, permito-me observar que as questões relacionadas à ADI 5037, mencionadas pelo revisor, não se prestam a justificar a ausência de imediata manifestação deste Tribunal acerca da constitucionalidade, neste caso concreto, tal qual por ele preconizado. Isso porque naquela ação não foram suscitadas as questões agora arguidas: a ofensa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Naquela ADI, a requerente sustentou a existência dos seguintes vícios de inconstitucionalidade: (I) violação ao princípio da legalidade; (II) ausência dos requisitos da relevância e urgência; (III) regulamentação de matéria relativa a cidadania, vedada em sede de medida provisória; (IV) mitigação do princípio do concurso público; (V) precarização das relações de trabalho, sem reconhecimento de vínculo empregatício; (VI) imposição de serviço civil obrigatório aos estudantes do curso de graduação em Medicina; (VII) violação à liberdade profissional e exercício ilegal da Medicina, sem revalidação do diploma dos médicos estrangeiros; (VIII) dispensa de proficiência na língua portuguesa; (IX) inexigência de reciprocidade dos direitos assegurados aos estrangeiros; (X) violação ao princípio da isonomia quanto à residência dos pacientes alcançados, se nos centros urbanos ou nas zonas rurais; e (XI) violação à autonomia universitária.

Em suma, o parecer do Procurador-Geral emitido naquela ADI não se pronunciou sobre a questão discutida nestes autos, até mesmo porque ela não havia sido suscitada.

Essa questão, aliás, já havia sido explicitada no voto que anteriormente apresentei.

Por outro lado, o eminente revisor assinalou textualmente que a publicação da Nota Técnica 1.103/2015 – Seres/MEC “constitui sim violação ao princípio do julgamento objetivo, insculpido no art. 45 da Lei 8.666/1993”, mas compreende possível a harmonização de princípios constitucionais para permitir a validação do certame. Afirma, nessa esteira, que “a anulação do certame (...) não alteraria o resultado final da análise efetuada pela Seres/MEC realizada a partir das demonstrações financeiras referentes a exercícios já concluídos”.

Data vênia, essa afirmativa não corresponde ao que se pode esperar de uma economia de mercado. Como destaquei no item 72 de meu voto:

“(...) a capacidade econômico-financeira, constante da etapa “habilitação da mantenedora”, seria aferida em três fases, uma delas a avaliação do Plano de Negócios da mantenedora. Os Planos de Negócios, de forma diversa dos balanços patrimoniais, trazem números referentes a eventos futuros, concebidos em uma lógica empresarial/pedagógica passível de alteração e que, nos termos do Edital, deveriam considerar “a justificativa do projeto apresentado; os objetivos e fluxograma do curso; a estrutura administrativa e docente; o planejamento econômico-financeiro e o Plano de Desenvolvimento Institucional”. Algumas das premissas norteadoras dos Planos de Negócios podem, portanto, ser alteradas pelas mantenedoras para que eles apresentem a sustentabilidade desejada, desde que os padrões considerados como desejáveis sejam previamente definidos e divulgados pela promotora do certame.

73. A prévia divulgação dos critérios e valores estabelecidos pela Nota Técnica 1103/2015 poderia conduzir os competidores a elaborarem Planos de Negócios diferentes daqueles por eles apresentados, com alteração nos resultados do certame”.

Em uma economia de mercado seria de esperar que os competidores, previamente cientes dos parâmetros mínimos que seriam exigidos nas avaliações, elaborassem Planos de Negócios que apresentassem viabilidade, do ponto de vista concorrencial.

Também como transcrevi em meu voto:

“74. Os critérios de habilitação tardiamente explicitados pela Seres/MEC levaram à inabilitação de 90 instituições, dentre as 205 que

havam sido classificadas na etapa de “análise da experiência regulatória da mantida indicada e da mantenedora” (44%). Em alguns municípios, a proporção de mantenedoras inabilitadas foi ainda maior, a exemplo de Alagoinhas/BA (64%), Araçatuba/SP (67%), Araras/SP (67%), Jaboaão dos Guararapes/PE (67%), Jaiú/SP (60%), Juazeiro/BA (87,5%), Passos/MG (83,4%), Poços de Caldas/MG (60%), Sete Lagoas/MG (55,6%) e Tucuruí/PA (83,3%).

75. Em onze municípios, a inabilitação atingiu as instituições melhor pontuadas na etapa de “análise da experiência regulatória da mantida indicada e da mantenedora”.

Veja-se que não estamos a falar de instituições que pudessem ser consideradas como “meras aventureiras”, uma vez que o bom resultado por elas obtido na análise da “experiência regulatória da mantida indicada e da mantenedora” comprova a existência de um desempenho histórico favorável no campo da prestação de serviços universitários.

Desta forma, com minhas escusas ao revisor, mantenho meu voto.

TCU, Sala das Sessões, em 20 de julho de 2016

ANA ARRAES
Ministra

ACÓRDÃO Nº 1869/2016 – TCU – Plenário

1. Processo TC 022.106/2015-4.
 - 1.1. Apensos: TC 014.879/2015-8 e TC 000.113/2016-6.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII - Representação.
3. Representantes: União de Educação e Cultura – Unece (02.754.493/0001-80), Sociedade Padrão de Educação Superior Ltda. (03.273.660/0001-34) e Associação Brasileira dos Estudantes de Educação à Distância – Abeed (09.587.682/0001-55).
 - 3.1. *Amicus Curiae*: Frente Nacional de Prefeitos (FNP) e Associação Brasileira das Universidades Comunitárias.
4. Órgão: Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior – Seres/MEC.
5. Relatora: Ministra Ana Arraes.
 - 5.1. Primeiro Revisor: Ministro Augusto Nardes.
 - 5.2. Segundo Revisor: Ministro Vital do Rêgo.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Educação, da Cultura e do Desporto (SecexEducação).
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTA, relatada e discutida esta representação acerca de possíveis irregularidades no Edital 6/2014, da Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação (Seres/MEC), que realizou chamamento público para recebimento de propostas e seleção das mantenedoras de Instituições de Educação Superior, com vistas à instauração de cursos de Medicina nos municípios especificados naquele instrumento convocatório;

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Revisor, em:

9.1. com fulcro no art. 237, inciso VII, do Regimento Interno, conhecer das representações e considerá-las parcialmente procedentes;

9.2. revogar a medida cautelar concedida em 09/10/2015, permitindo, em caráter excepcional, a continuidade do chamamento público referente ao Edital 6/2014, sem prejuízo de dar ciência à Seres/MEC acerca da violação, no aludido certame, do princípio do julgamento objetivo, insculpido no art. 45 da Lei 8.666/1993, face à ausência dos critérios de avaliação dos indicadores definidos para aferir a capacidade econômico-financeira das participantes;

9.3. dar ciência desta deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, à Seres/MEC e às representantes, bem como ao Procurador-Geral da República, em face das competências previstas nos arts. 103, inciso VI, e 129, inciso IV, da Constituição Federal.

10. Ata nº 28/2016 – Plenário.

11. Data da Sessão: 20/7/2016 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1869-28/16-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (na Presidência), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes (1º Revisor), José Múcio Monteiro, Ana Arraes (Relatora), Bruno Dantas e Vital do Rêgo (2º Revisor).

13.2. Ministra com voto vencido: Ana Arraes.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente) RAIMUNDO CARREIRO	(Assinado Eletronicamente) VITAL DO RÊGO
Vice-Presidente, no exercício da Presidência	Revisor

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral